

UiO • Det juridiske fakultet

Forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4

- en analyse av Helsepersonellnemndas praksis, med vekt på utvalgte
typetilfeller

Kandidatnummer: 638

Leveringsfrist: 25.04.14

Antall ord: 17102



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Tema for oppgaven	1
1.2	Problemstillinger og perspektiv	2
1.3	Avgrensninger og presiseringer	3
1.4	Begrepsavklaringer	4
1.5	Rettskilder	5
1.5.1	Lover, forskrifter og forarbeider	5
1.5.2	Rettspraksis	7
1.5.3	Praksis fra Statens helsepersonellnemnd	8
1.5.4	Litteratur	9
1.5.5	Reelle hensyn	10
1.6	Fremstillingen videre	10
2	OVERSIKT OVER FORSVARLIGHETSKRAVET	12
2.1	Innledning	12
2.2	Forsvarlighetskravet i hlspl. § 4	12
2.2.1	Formål og hensyn	12
2.2.2	Virkeområde	13
2.2.3	Forholdet til den erstatningsrettslige culpanormen	14
2.3	Forsvarlighetskravet i øvrige deler av lovgivningen	15
3	GENERELL ANALYSE AV HLSPL. § 4	19
3.1	Innledning	19
3.2	Skjønnsmomenter	19
3.2.1	Helsepersonellens kvalifikasjoner	19
3.2.2	Arbeidets karakter	20
3.2.3	Situasjonen for øvrig	22
3.3	Uforsvarlighetsterskelen	24
4	SÆRSKILT ANALYSE AV UTVALGTE TYPETILFELLER	26
4.1	Oversikt og begrunnelsen for utvalget	26

4.2	Journalføring	27
4.2.1	Generelt.....	27
4.2.2	Journalen som et arbeidsverktøy.....	28
4.2.3	Retningslinjer for journalføring	31
4.2.4	Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen.....	32
4.3	Undersøkelser og utredninger	34
4.3.1	Generelt.....	34
4.3.2	Undersøkelser og utredninger for å avkrefte alvorlige sykdommer	35
4.3.3	Jordmorsaker.....	37
4.3.4	Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen.....	39
4.4	Rekvirering av reseptbelagte legemidler	40
4.4.1	Generelt.....	40
4.4.2	Behandlingsgrunnlag	41
4.4.3	Samarbeid med andre i behandlingsapparatet.....	43
4.4.4	Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen.....	45
4.5	Privatiserende atferd i behandlingssammenheng	46
4.5.1	Generelt.....	46
4.5.2	Private relasjoner	47
4.5.3	Helsepersonellets selvstendige ansvar	48
4.5.4	Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen.....	50
4.6	Tyveri, naskeri og underslag	51
4.6.1	Generelt.....	51
4.6.2	Forhold ved handlingene.....	52
4.6.3	Helsepersonellets stilling	53
4.6.4	Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen.....	54
5	OPPSUMMERING OG REFLEKSJONER.....	55
6	VEDLEGG.....	57
7	REFERANSELISTE	60

1 INNLEDNING

1.1 Tema for oppgaven

Tema for oppgaven er å kartlegge terskelen til forsvarlighetskravet etter helsepersonelloven § 4 og de momentene som er av betydning i vurderingen av forsvarlighetskravet.¹ Etter denne bestemmelsen skal helsepersonell utføre sitt arbeid i samsvar med de kravene til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig.² Hensynet bak forsvarlighetskravet er å beskytte pasienter og samfunnet mot handlinger og unnlatelser som innebærer unødvendig skaderisiko.

Det ligger i samfunnets interesse å ta vare på rettsgodter som liv og helse. Pasientene selv har ikke muligheten til å kontrollere at enhver helsearbeider oppfyller kravene til å ivareta disse rettsgodtene. Staten har påtatt seg ansvaret om å kontrollere, og føre tilsyn med at helsepersonell som utøver yrket er faglig kvalifiserte og har de rette egenskaper for å utføre arbeidet forsvarlig.

Spørsmålet om helsearbeidere har brutt kravet til forsvarlighet avdekkes som oftest ved at det tas opp saker i massemediene eller ved klager fra pasienter og pårørende. Også tilsynsbesøk fra Statens helsetilsyn eller Helsetilsynet i kommunen sørger for at uforsvarlig drift av virksomheten eller yrkesutøvelse blir oppdaget. Dersom tilsynsmyndighetene kommer til at det foreligger brudd på forsvarlighetskravet, har Statens helsetilsyn myndigheten til å ilegge administrative reaksjoner. Helsepersonelloven kapittel 11 gir regler om advarsel, tap av autorisasjon, suspensjon eller begrensninger av autorisasjon, tap av rett å rekvirere legemidler i gruppe A og B mv. Helsepersonell kan også ilegges erstatningsrettslig og strafferettslig ansvar, hvis bruddet på forsvarlighetskravet har hatt økonomiske eller skadelige følger. Mange av de administrative reaksjonene utgjør sterke inngrep i helsepersonellens rettigheter. Kunnskapen om når det foreligger brudd på forsvarlighetskravet er derfor viktig for sikre helsepersonell rettssikkerhet. Helsearbeidere som mener at han eller hun har blitt urettferdig behandlet eller er uenig i Statens helsetilsynets vedtak, har fått muligheten til å få vedtaket overprøvd av

¹ Lov om helsepersonell 2. juli 1999 nr. 64 (hlspl.).

² Definisjonen av begrepet «helsepersonell» er gitt i punkt 1.4 nedenfor.

Statens helsepersonellnemnd³. Nemnda er et klageorgan som vurderer hvorvidt vedtaket er urimelig eller om vedtaket bør endres.

For å kartlegge terskelen til forsvarlighetskravet kommer jeg til å se på 143 saker fra Nemnda i perioden 2001⁴–12.12.2012.⁵ Mange av sakene representerer typetilfeller som berører helsepersonellens yrkesutøvelse på sentrale områder. Det vil gjøres en analyse av utvalgte typetilfeller for å se hvilke momenter Nemnda legger vekt på i sin vurdering av som med rimelighet kan forventes av helsepersonell med bakgrunn i deres faglige kunnskaper, innsikter, erfaringer og holdninger. Det har tidligere ikke blitt gjort en analyse av Nemndas praksis på den måten som det gjøres i denne oppgaven. Analysen er derfor av teoretisk interesse for forståelsen av hvordan forsvarlighetskravet i hlspl. § 4 praktiseres og når det foreligger brudd som gir grunnlag for formelle reaksjoner.

1.2 Problemstillinger og perspektiv

I denne oppgaven vil jeg gi en helserettslig fremstilling av hva som kan kreves av helsepersonellens yrkesutøvelse og når grensen mot det uforsvarlige er overtrådt. Oppgaven fokuseres på forholdet mellom helsepersonell og Staten.

Hensikten med oppgaven er å analysere det *rettslige innholdet* i forsvarlighetskravet.⁶ Det vil innledningsvis ses på hvilken *forsvarlighetsramme* som kan utledes av hlspl. § 4.⁷ Oppgavens hoveddel har som siktemål å kartlegge *momentene* og *forsvarlighetsterskelen* som det opereres med i praksis.⁸ I forbindelse med dette vil det gjøres en analyse av utvalgte typesituasjoner for å kartlegge uforsvarlighetsterskelen og momentene som vektlegges.

Hlspl. § 4 åpner for et bredt spekter av typetilfeller, slik at analysen avgrenses mot de typesituasjonene som er *karaktéristiske* for helsepersonellens yrkesutøvelse. Hensikten med å analy-

³ Heretter omtalt som *Nemnda*.

⁴ Jeg har dessverre ikke fått tak i den eksakte datoen for når vedtakene er fra.

⁵ Se punkt 1.5.3 nedenfor.

⁶ Kursiveringene er foretatt av meg, med mindre det fremgår noe annet av fremstillingen.

⁷ Se punkt 2 f. nedenfor.

⁸ Se punkt 4 f. nedenfor.

sere et avgrenset område av typesituasjoner er å avdekke argumentasjonsmønstre i Nemndas praksis som kan si noe generelt om forsvarlighetskravet. Analysen har derfor et induktivt preg, der målet er å kunne trekke linjer fra de enkelte typesituasjonene til det generelle planet for helsepersonellets yrkesutøvelse.

En stor del av forundersøkelsene til denne oppgaven har basert seg på å studere de 143 vedtakene fra Nemnda.⁹ Vedlegget til oppgaven gir en oversikt over alle de typetilfellene sakene representerer og antall saker som berører disse.¹⁰ Analysen i punkt 4 f. nedenfor behandler kun en del av disse sakene. Avgrensningen har vært nødvendig, da oppgaven ikke gir rom for å analysere alle typesituasjonene. De vedtakene som faller utenfor analysen, har likevel en illustrasjonsverdi for den generelle forståelsen av forsvarlighetskravet og henvises til underveis i punkt 2 f.

1.3 Avgrensninger og presiseringer

Oppgaven konsentrerer seg om forsvarlighetskravet etter hlspl. § 4. Bestemmelsen retter seg mot *helsepersonellets yrkesutøvelse* og utgjør derfor en sentral del av det generelle forsvarlighetskravet innen helseretten. Siden kravet til forsvarlighetskravet og den erstatningsrettslige culpavurderingen bygger på den samme tankemodellen, vil momenter fra den generelle culpavurderingen trekkes inn der det er nødvendig for å forstå oppbygningen og rekkevidden av hlspl. § 4.¹¹

Forsvarlighetskravet omfatter alle områder innen helseretten og det er flere bestemmelser som regulerer dette kravet. For å sikre kvaliteten i helsetjenesten vil forsvarlighetskravet inngå som et generelt tolkningsmoment ved utøvelse av rettigheter og plikter som kan utledes av helselovgivningen. Jeg vil innledningsvis gi en oversikt over de forskjellige hjemlene til forsvarlighetskravet, men det er ikke plass for å gi en detaljert analyse av enhver bestemmelse som regulerer kravet til forsvarlighet.

⁹ Se punkt 1.5.3 nedenfor.

¹⁰ Se punkt 6 nedenfor.

¹¹ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.5.2.

Nemndas saksbehandling bygger på de forvaltningsrettslige reglene. Det er imidlertid gjort en avgrensning mot de strafferettslige reglene, da disse ikke berører kjernen i de problemstillingene som stilles.

Det er gjort en avgrensning mot de strafferettslige reglene, da oppgaven ikke legger opp til å inn på de strafferettslige problemstillingene. Det kommer av at de administrative reaksjonene etter helsepersonelloven ikke har som formål å virke straffende, da målet er beskytte pasientene ved å fremme forsvarlige og sikre helsetjenester.¹² Strafferettslige regler har til hensikt å gjøre et uttrykk for gjengjeldelse fra samfunnets side ovenfor den som har overtrådt loven. På denne måten er tilsynsmyndigheten etter helsepersonelloven og straff to parallelle reaksjonssystemer.¹³

1.4 Begrepsavklaringer

Det nærmere innholdet av forsvarlighetskravet vil bli drøftet underveis i oppgaven. Loven gir ikke en definisjon på begrepet «forsvarlighet», men kort fortalt brukes begrepet for å beskrive kravet til helsetjenestevirksomhet og helsepersonellens yrkesutøvelse. Den enkelte helsearbeider har i kraft av hlspl. § 4 et *individansvar* om å utøve yrket i samsvar med god praksis, slik at pasientene ytes helsehjelp uten å bli utsatt for unødvendig skaderisiko.¹⁴ Warberg omtaler imidlertid begrepet «individansvar» som det profesjonelle eller det personelle forsvarlighetskravet.¹⁵ I likhet med Befring og Ohnstad,¹⁶ bruker jeg begrepet «individansvar» for å omtale helsepersonellens selvstendige ansvar om å opptre i samsvar med forsvarlighetskravet. Dette gjør jeg for å unngå sammenblanding med forvaltningsrettens personelle, prosessuelle og materielle regler.

¹² Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 21.10.1.

¹³ Se Rt. 2004 s. 1343. Her fastslår Høyesterett at de administrative reaksjonene etter helsepersonelloven « ... [l]øper i utgangspunktet parallelt med strafferettslige reaksjonssystemet, noe som har sammenheng med ulikt skyldkrav i de systemene og med at formål og vurderingstema er forskjellig [...]».

¹⁴ Befring og Ohnstad (2010) s. 77.

¹⁵ Warberg (2011) s. 146 f.

¹⁶ Befring og Ohnstad (2010) s. 77.

Begrepet «helsehjelp» er definert i hlspl. § 3 tredje ledd slik at det omfatter enhver handling som har forebyggende, diagnostisk, behandlende, helsebevarende eller rehabiliterende mål. Legaldefinisjonen omfatter all pasientrettet virksomhet, dvs. alle handlinger som har til formål å utrede, pleie, stabilisere og motvirke negative utviklinger av pasientens helsetilstand. Det er imidlertid ikke en forutsetning at handlingen fører til bedring av pasientens helsetilstand, da det er tilstrekkelig med at handlingen har et slikt formål.¹⁷

Med «helsepersonell» siktes det til definisjonen i hlspl. § 3 første ledd. Det er tre grupper som faller inn under begrepet helsepersonell etter denne bestemmelsen. Helsepersonell med *autorisasjon* etter hlspl. § 48 eller *lisens* etter § 49 utgjør den viktigste gruppen av helsepersonell. Per i dag er det 29 grupper av personell som kan få autorisasjon etter hlspl. § 48. Autorisasjonsordningen er et viktig tiltak for å sørge for at bare personer som er kvalifisert til å gi forsvarlig helsehjelp får arbeide. Helsearbeidere som ønsker å praktisere i påvente av en autorisasjon, eller som av ulike årsaker ikke oppfyller kravene til autorisasjon, kan søke om å få lisens etter hlspl. § 49. Helsearbeidere som ikke har autorisasjon eller lisens, men som jobber i *helse- og omsorgstjenesten eller apotek* som yter helsehjelp utgjør også helsepersonell etter loven. Det samme gjelder for *elever og studenter* som yter helsehjelp i forbindelse med helsefaglig opplæring.

1.5 Rettskilder

1.5.1 Lover, forskrifter og forarbeider

Den sentrale rettskilden i denne oppgaven er *helsepersonelloven*, som er en overføring av tidligere lover og forskrifter som regulerte de ulike helseprofesjonene. Den trådte i kraft den 1. januar 2001, og er en del av helselovgivningen. Siden helsepersonelloven er en generell profesjonsansvarslov, får lovteksten særlig betydning, jf. legalitetsprinsippet. Ved tolkningen av lovteksten er det alminnelig rettskildelære som legges til grunn, slik at også andre rettskildefaktorer får betydning ved tolkningen av lovteksten.

¹⁷ Befring og Ohnstad (2010) s. 52.

Rettigheter og plikter etter helsepersonelloven må ses i sammenheng med formålet i *pasient- og brukerrettighetsloven*.¹⁸ Pasient- og brukerrettighetsloven har til formål å sikre kvaliteten i helsehjelpen for å ivareta hensynet til pasientene. Pasientenes forventninger til helsehjelpen setter rammen for de kravene som kan stilles til helsepersonellens yrkesutøvelse. Eventuelle forskrifter som er gitt med hjemmel i pasient- og brukerrettighetsloven, kan derfor få betydning for forsvarlighetskravet etter helsepersonelloven.

Spesialisthelsetjenesteloven og *helse- og omsorgstjenesteloven* gir regler om organisering og drift av helseinstitusjoner.¹⁹ Disse lovene er viktige for å se helsepersonellens yrkesutøvelse som en del av den helserettslige virksomheten som sådan. En viktig sammenheng foreligger i kraft av at helseinstitusjonene (eieren eller ledelsen av virksomheten) har et *systemansvar* om å tilrettelegge forholdene for at helsearbeiderne skal kunne utøve forsvarlig arbeid, se sphsl. § 2-2 og hol. § 4-1. Et overblikk over reglene i disse lovene vil bli gitt i punkt 2.3 nedenfor.

Det er gitt to *forskrifter* med hjemmel i hlspl. § 4 siste ledd; Forskrift 21. desember 2000 nr. 1386 om krav om tillatelse til bruk av lystgassanalgesi ved tannlegebehandling og forskrift 21. desember 2000 nr. 1387 om tillatelse til å utføre kosmetisk kirurgisk inngrep. Forskriftene er av betydning på de områdene de har til hensikt å regulere. De er imidlertid ikke berørt i denne oppgaven.

En annen viktig forskrift er journalforskriften.²⁰ Den vil ha betydning for den særskilte analysen av Nemndas saker som handler om dokumentasjonsplikten etter hlspl. § 39 f. Forskriften inneholder detaljerte regler for å sikre forsvarlig journalføring og håndtering av pasientopplysninger, slik at den utgjør en viktig rettskildefaktor i tolkningen av dokumentasjonsplikten i helsepersonelloven.

¹⁸ Lov om pasient- og brukerrettigheter 2. juli 1999 nr. 63 (pasrl.) § 1-1.

¹⁹ Lov om spesialisthelsetjenesten mm. av 2. juli 1999 nr. 61 (sphsl.) og lov om kommunale helse- og omsorgstjenester 24. juni 2011 nr. 30 (hol.).

²⁰ Forskrift 21. desember 2000 nr. 1385 om pasientjournal gitt med hjemmel i hlspl. § 40 tredje ledd, § 42 fjerde ledd, § 43 fjerde ledd og § 45 andre ledd, sphsl. § 3-2 annet ledd, lov om tannhelsetjenesten 3. juni 1983 nr. 54 § 1-3 a og pasrl. § 5-1 sjette ledd.

Verdighetsgarantien er en forskrift som er gitt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven.²¹ Forskriften er av betydning for å forstå kravet til hvordan helsepersonell skal opptre i møte med pasienter. Selv om den er begrenset til eldreomsorgen, forteller den likevel noe om standarden generelt.

De sentrale *forarbeidene* er Sosial- og helsedepartementets utredning om en felles helsepersonellov, NOU 1993: 33, og Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) om lov om helsepersonell. Forarbeidene til helsepersonelloven er relevante i forhold til forståelsen av formålet og tolkningen av lovteksten. Tidligere lovgivning var fragmentarisk i forhold til regulering av helsepersonellens yrkesutøvelse, slik at forarbeidene til helsepersonelloven bidrar til å kaste lys over overgangen fra tidligere praksis. I tillegg til at forarbeidene inneholder generelle uttalelser, kan konkrete merknader til helsepersonellens lovbestemmelser om hvordan disse skal forstås, være av betydning for å kartlegge forsvarlighetskravet.

Forarbeidene til de øvrige helselovene vil komme til anvendelse der de belyser formålet med lovene og det generelle forsvarlighetskravet i helseretten.

1.5.2 Rettspraksis

Det foreligger ikke *Høyesteretts praksis* som tar stilling til hlspl. § 4. Avgjørelser som vurderer kravet til forsvarlighet etter den tidligere legeloven § 25 og andre profesjonsbestemmelser for helsepersonell, vil likevel være av betydning for forståelsen av helsepersonellovens forsvarlighetskrav.²² Det kommer av at hlspl. § 4 er en kodifisering av tidligere lovgivning. Disse høyesterettsavgjørelsene er en viktig rettskilde som kan gi veiledning for forståelsen av forsvarlighetskravet.

Ifølge forarbeidene til helsepersonelloven vil forhold som bryter med det erstatningsrettslige aktsomhetskravet alltid være uforsvarlige.²³ Dette betyr at rettspraksis vedrørende hva som

²¹ Forskrift 12. november 2010 nr. 1426 om eldreomsorg (verdighetsgarantien) gitt med hjemmel i hol. § 3-1 tredje ledd og § 3-2 annet ledd.

²² Lov om leger 13. juni 1980 nr. 42 (legel.). Loven ble senere opphevet av helsepersonelloven.

²³ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.5.2.

anses som uaktsomt vil være relevant for forståelsen av det nærmere innholdet i forsvarlighetskravet. Det må imidlertid tas hensyn til at aktsomhetskravet og forsvarlighetskravet tilhører to ulike systemer, hvor den ene er knyttet til det økonomiske tapet og det andre har til hensikt å bidra til kvaliteten i helsetjenesten.²⁴

Det finnes noe *underrettspraksis* fra lagmannsretten i kraft av hlspl. § 71, som gir domstolene adgang til å overprøve vedtak fra Nemnda. På grunn av lite rettspraksis fra Høyesterett, vil lagmannsrettens avgjørelser kunne brukes som illustrasjon for forståelsen av forsvarlighetskravet.

1.5.3 Praksis fra Statens helsepersonellnemnd

Det foreligger en del praksis fra Nemnda. Nemnda er et klageorgan som er opprettet med hjemmel i hlspl. § 68. De har kompetansen til å overprøve Statens helsetilsynets vedtak etter hlspl. § 53, §§ 56–59 a og §§ 62–65 a. Vedtak etter disse bestemmelsene handler om tildeling og bortfall av autorisasjon, lisens og spesialgodkjenning, og reaksjoner ved brudd på helsepersonellovens bestemmelser. De nærmere reglene om Nemndas organisering og virksomhet er gitt i hlspl. § 69 og § 70. Nemnda har behandlet 143 saker i perioden mellom 2001–12.12.2001, som berører hlspl. § 4 direkte.²⁵ Antallet er søkt opp på Lovdata Pro sine sider, med søkeordene «lov-1999-07-02-64-§4» i feltet «avansert søk» med avgrensning mot Nemnda.²⁶

Nemnda er et uavhengig forvaltningsorgan som holder et høyt juridisk og helsefaglig nivå, da sammensetningen består av tre jurister og tre personer med helsefaglig bakgrunn. Nemndas beslutninger er endelige i den forstand at de ikke kan påklages videre forvaltningsmessig.²⁷ Helsepersonell er gitt muligheten til å bringe Nemndas vedtak inn for domstolene for å få den overprøvd i kraft av hlspl. § 71. Det har imidlertid vist seg at domstolene viser en viss tilba-

²⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.5.2.

²⁵ Jeg har vært i kontakt med Knut Davidsen i Lovdata og fått bekreftet at vedtakene for første gang ble lagt ut i april 2008. Deretter har vedtakene blitt lagt ut en gang i året. Vedtakene for årgang 2012 ble lagt ut i januar 2014.

²⁶ Søket ble gjort 30. januar 2014.

²⁷ <http://www.shpn.no/Saksbehandling.aspx>.

keholdenhet ved overprøvelse av disse vedtakene. Det betyr med andre ord at de aller fleste sakene finner sin endelige løsning i Nemnda, slik at praksisen tillegges betydning i forståelsen av helsepersonellens rettigheter og plikter.

Forvaltningsorganers praksis skiller seg fra domstolenes praksis ved at den kan være uoversiktlig og uensartet, samtidig som mange av avgjørelsene ikke får en grundig begrunnelse på grunn av stor saksmengde og tidspress.²⁸ Enkeltstående vedtak fra Nemnda kan på grunn av dette ikke tillegges for stor betydning. Hvis det derimot viser seg at Nemnda operer med fast og konsist praksis vil det være grunn til å gi det en viss betydning. Høyesterett har gitt uttrykk for dette synspunktet i Rt. 2005 s. 1757. Her ble det uttalt at «avgjørelser av Trygderetten [må] tillegges vekt i den utstrekning de kan tas som uttrykk for eller har gitt utslag i en *fast og konsistent praksis*», se avsnitt 45. Høyesterett har fulgt opp dette synspunktet i flere dommer, deriblant i Rt. 2006 s. 1217 (avsnitt 38) der Høyesterett har uttalt seg om rettskildemessige verdien Pasientskadenemndas praksis. Undersøkelsene av de 143 vedtakene legger forholdene til rette for å avdekke mønstre i Nemndas praksis. Den særskilte analysen av utvalgte typetilfellene kan på flere måter være veiledende i forståelsen av rettsbildet, der det allerede finnes lite rettspraksis som belyser rettsområdet på samme måte.

1.5.4 Litteratur

Nemndas praksis er tidligere ikke behandlet i eget og helhetlig perspektiv. Saker fra Nemnda brukes ofte for å gi generelle eksempler i litteraturen, men uten at det gjøres nærmere undersøkelser for å kartlegge praksisen. Bakgrunnsundersøkelsene for oppgaven bygger delvis på juridisk litteratur, i tillegg til de overnevnte rettskildene. Helsepersonelloven er fra 1999, slik at litteratur fra tiden etter lovens ikraftsettelse er av særlig betydning. Litteratur som beskriver tidligere praksis kan ha relevans, selv om det ikke berøres i denne oppgaven.

Helseretten er en del av velferdsretten. Det er derfor hensiktsmessig å se faget i et helhetlig perspektiv. Boka *Velferdsrett I* (2012) av Kjønstad og Syse er en relevant kilde for å forstå helheten i systemet. Boka illustrerer blant annet betydningen av forsvarlighetskravet som et

²⁸ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 225–227.

systemkrav, der helseforetakene og kommunene har et særskilt ansvar for forsvarlig gjennomføring av helsetjenestene.

Av helserettslig litteratur er boka *Helserett* (2007) av Kjønsstad sentral. Boka er veiledende i forståelsen av hvordan forsvarlighetskravet er et innebygd krav i et system med flere rettigheter og plikter. *Helsepersonelloven med kommentarer* (2010) av Befring og Ohnstad er en relevant kilde for å få et helhetlig inntrykk av helsepersonelloven og dens betydning som styringsmiddel for helsepersonellens yrkesutøvelse. Annet relevant litteratur er referert til underveis i oppgaven, med en oversikt i punkt 7 nedenfor.

1.5.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn kan ha få betydning i vurderinger av tvilsomme spørsmålstillinger, der andre tungtveiende rettskildefaktorer ikke gir nok veiledning. Med reelle hensyn siktes det til den generelle regelens godhet og en god løsning på den aktuelle tvisten.²⁹ Hva som anses som «godhet» avhenger av ulike allmenne oppfatninger. Formålsbetraktninger og rimelighetstenkning er noen av de reelle hensynene som tillegges betydning i praksis.

I helserettslig sammenheng er hensynet til pasientsikkerheten, tilliten og kvaliteten i helsetjenesten samt sterke offentlige hensyn tillagt betydning. Nemnda ser ut til å legge vekt på disse hensynene i sin vurdering av om helsepersonellens handlinger eller unnlater er egnet til oppfylle forventningene som stilles til deres yrkesutøvelse. Se punkt 4 f. nedenfor for analysen av Nemndas praksis.

1.6 Fremstillingen videre

Fremstillingen deles inn i to deler. I den første delen vil jeg gi en oversikt over forsvarlighetskravet som et grunnleggende prinsipp i helseretten. Det finnes flere bestemmelser i helselovgivningen som regulerer kravet til forsvarlighet. Lignende forsvarlighetskrav (aktsomhetskrav) har eksistert på andre rettsområder før kravet til forsvarlighet ble lovregulert i helseretten. Det vil derfor gis en oversikt over likheter og forskjeller mellom den erstatningsrettslige

²⁹ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 371.

culpanormen og forsvarlighetskravet under punkt 2 i fremstillingen. I punkt 3 gjøres det en inngående analyse av hlspl. § 4. Jeg vil se på hvilke skjønnsmomenter som kan utledes fra lovteksten og hva juridisk litteratur sier om uforsvarlighetsterskelen.

I fremstillingens annet del vil jeg se på hvilke momenter og vurderinger som det faktisk legges vekt på, ved å analysere utvalgte saker fra Nemnda. Punkt 4 i fremstillingen handler om analyse av utvalgte typesituasjoner. Avslutningsvis vil det gis en oppsummering av oppgaven, samtidig som det reflekteres over de konklusjonene som oppgaven byr på, se punkt 5 i fremstillingen.

2 OVERSIKT OVER FORSVARLIGHETSKRAVET

2.1 Innledning

Forsvarlighetskravet i helseretten er en *rettslig standard*, ved at den henviser til målestokk og atferdsnormer som ligger utenfor loven selv.³⁰ Det innebærer at innholdet i forsvarlighetskravet endres med den faglige utviklingen og endrede verdioppfatninger. Helsepersonelloven inneholder et individansvar, se punkt 1.4 foran. Det nærmere forankringen av i individansvaret er redegjort for i punkt 2.2 nedenfor. Helseinstitusjonene har et lignende systemansvar, om å sikre forsvarlig organisering og oppbygging av helsetjenesten. Systemansvaret er nærmere regulert i spesialisthelsetjenesteloven og helse- og omsorgstjenesteloven. Det redegjøres for de ulike hjemlene til systemansvaret i punkt 2.3 nedenfor, samtidig som det gis en oversikt over andre helselover som er av relevans for forståelsen av helheten i helserettssystemet.

2.2 Forsvarlighetskravet i hlspl. § 4

2.2.1 Formål og hensyn

Hlspl. § 4 har til formål å regulere helsepersonellens yrkesutøvelse med særlig vekt på tre forhold. For det første stilles det krav til forsvarlighet, for det andre plikter helsepersonell å gi omsorgsfull hjelp og for det tredje ilegges tannleger og leger særlig beslutningsansvar i samarbeidssituasjoner. Innholdet i reguleringen må ses i lys av pasientenes forventninger til helsepersonell. Helsepersonellens utdanning og profesjonstilhørighet kan skape forutsigbarhet om hva slags helsehjelp som kan ytes. Den helsehjelpen som kan gis av en psykolog kan eksempelvis ikke forventes av sykepleier.

Hensynet bak hlspl. § 4 er å beskytte samfunnet mot handlinger og unnlater som kan utgjøre unødvendig skaderisiko i møte med helsevesenet.³¹ Pasientene skal kunne føle seg trygge på at helsearbeiderne som gir behandling er dyktige på sitt fagfelt og er kvalifiserte til å utføre arbeidet. Det betyr imidlertid ikke at skaderisiko i forbindelse med adekvat helsehjelp er ufor-

³⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.1.

³¹ Befring og Ohnstad (2010) s. 56.

svarlig. Adekvat helsehjelp gis med utgangspunkt i grundige avveininger med hensikt om å forbedre pasientens helse.

Hlspl. § 4 har også en *humanetisk dimensjon* ved seg ved å inneholde et krav om å gi «omsorgsfull hjelp». Kravet inneholder to elementer som handler om hvordan helsepersonell opptrer ovenfor pasienten og om pasientene gis bestemte ytelser, som eksempelvis pleie og omsorg.³² Faglig forsvarlighet og det som anses som omsorgsfull hjelp kan i mange situasjoner ha sammenfallende betydning. En handling kan være uforsvarlig dersom kravet til omsorgsfull helsehjelp ikke er oppfylt.

2.2.2 Virkeområde

Ulike helseprofesjoner var tidligere regulert med hjemmel i egne profesjonslover. Grupper av helsepersonell som ikke ble omfattet av loven, ble regulert ved hjelp av ulovfestet rett eller forskrifter. Profesjonslovene var preget av ulikheter med hensyn til utforming og innhold, som et utslag av tilfeldigheter og mangel på samordning.³³ Helsepersonelloven samordner helsepersonellens rettigheter og plikter, ved å gjelde alle grupper av helsepersonell.

Forsvarlighetskravet gjelder all helsepersonell og virksomhet som yter helsehjelp i riket etter hlspl. § 2. Det må foreligge særlige grunner for å unnta bestemte grupper helsepersonell fra helsepersonellovens regler.³⁴ Om hvem som betegnes som helsepersonell etter loven, viser jeg til begrepsdefinisjonen tidligere i fremstillingen.³⁵

Helsepersonelloven sier ikke noe konkret om hvorvidt personer som gir alternativ behandling omfattes av helsepersonellovens regler. Utgangspunktet er at autorisert helsepersonell som yter helsehjelp omfattes av helsepersonellovens regler, uavhengig av om de bruker sin yrkestittel ovenfor pasientene eller ikke. Bakgrunnen for det er at autorisert helsepersonell er å anses som helsepersonell alle tider av døgnet. Likevel kan det tenkes at autorisert helsepersonell yter behandlingsformer som faller utenfor helsefaglig karakter, men som anses som alternativ

³² Befring (2007) s. 34–35.

³³ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 2.3.

³⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.1.

³⁵ Se punkt 1.4 i fremstillingen foran.

behandling. Dette er løst ved at også helsepersonell som yter alternativ behandling faller inn under helsepersonellovens regler.³⁶ Det må bemerkes at det i en erstatningsrettslig sammenheng vil stilles strengere aktsomhetskrav til autorisert helsepersonell, sammenlignet med personer som ikke er autoriserte helsearbeidere. Autorisert helsepersonell har et større ansvar med bakgrunn i utdanningen og kvalifikasjonene sine, enn en person som ikke har den samme kunnskapen.

2.2.3 Forholdet til den erstatningsrettslige culpanormen

I erstatningsretten brukes begrepet «aktsomhet», mens det i helseretten brukes «forsvarlighet». Hensikten til begge kravene er å hindre skadevoldende handlinger og unnlatelser. I erstatningsretten opereres det med profesjonsansvar på områder hvor det kreves særlige kvalifikasjoner eller forutsetninger av yrkesutøveren. I likhet med andre profesjonsutøvere stilles det samme ansvaret til helsepersonellets yrkesutøvelse.³⁷ Momenter som inngår i den erstatningsrettslige culpavurderingen vil derfor ha betydning for forståelsen av det helserettslige forsvarlighetskravet.

Handlinger som er uaktsomme vil alltid være uforsvarlige, men ikke alle uforsvarlige handlinger vil være uaktsomme.³⁸ Det kommer av at forsvarlighetskravet er noe strengere enn aktsomhetskravet. Hensynet til pasientene gjør at det må stilles strengere krav til forsvarlighet. På den annen side er det hensiktsmessig å gi helsepersonell et handlingsrom. Hvis ethvert brudd på forsvarlighetskravet skulle gi grunnlag for erstatningskrav (eller strafferettslige krav) ville det ha rammet leger og annet helsepersonell på hardt og urimelig måte. For at det i det hele tatt skal være mulig å drive helserettslig virksomhet, må det være rom for å gjøre feil uten at det får alvorlige konsekvenser. I stedet er det opprettet tilsynsorganer som tar seg av oppgavene om å skjerpe helsepersonell som ikke opprettholder kvaliteten på helsetjenestene. Også forarbeidene til helsepersonelloven uttrykker at avviket må være av større omfang for at det skal føre til reaksjoner.³⁹

³⁶ Lov om alternativ behandling 27. juni 2003 nr. 64.

³⁷ NOU 1993: 33 punkt 6.4.3.2.

³⁸ Befring og Ohnstad (2010) s. 80.

³⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) s. 173.

I den erstatningsrettslige culpavurderingen gjøres det en helhetlig vurdering, der årsakssammenheng og det økonomiske tapet inngår som sentrale momenter. Det erstatningsrettslige ansvaret er dessuten utvidet ved at også arbeidsgiveren kan bli ansvarlig på vegne av sine ansatte.⁴⁰ Hlspl. § 4 konsentreres seg derimot om helsepersonellens handlinger og unnlater isolert sett. Det er nok med at det skapes en risiko som kan ha negative følger for pasientene og kvaliteten i helsetjenestene, uten at det faktisk har ført til skade for pasienten.

2.3 Forsvarlighetskravet i øvrige deler av lovgivningen

Behandling av sykdommer kommer med mye ansvar, da målet er å fremme pasientenes liv og helse. Helseinstitusjonenes og helsepersonellens hverdag er preget av å forbedre helsetilstanden til pasienter med ulike behov og sykdommer. Pasientenes sårbarhet fører til at de i mange situasjoner trenger særlig vern. Det stilles derfor særskilte forsvarlighetskrav til helseinstitusjoner og helsepersonell.

Forsvarlighetsansvaret ble for første gang tatt inn i helselovgivningen som en generell regel i legel. § 25. Et lignende krav gjaldt allerede på erstatningsrettens område, men den generelle culpanormen kom bare til anvendelse i tilfeller hvor det var voldt skade ved behandlingen. Den formelle innføringen av forsvarlighetskravet på helserettens område fikk stadig større betydning, da det ble ført bedre tilsyn enn tidligere.⁴¹ Tilsynsorganene hadde nå et holdepunkt i loven for å reagere dersom det forelå brudd på reglene om forsvarlighet, mens helsepersonell hadde fått klare rammer for hvordan de måtte opptre i arbeidssituasjonen. I 1999 ble det vedtatt fire nye helselover som ga forsvarlighetskravet en ytterligere fremtredende plass innen helselovgivningen.⁴² Hlspl. § 4 og sphsl. § 2-2 er de sentrale bestemmelsene som regulerer kravet til forsvarlighet, mens det finnes flere spesialbestemmelser i helselovgivningen som behandler forsvarlighetskravet. Her skal det gis en liten oversikt over disse.

⁴⁰ Lov om skadeserstatning 13. juni 1969 nr. 26 § 2-1.

⁴¹ Kjønstad (2007) s. 49.

⁴² Det gjelder helsepersonelloven og pasient- og brukerrettighetsloven, med ny endringslov av 21. juni 2013 nr. 79 som ikrafttrådte 01.01.2014; lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern 2. juli 1999 nr. 62 (phlsvl.), med endringslov av 14. juni 2013 nr. 37 som ennå ikke er ajourført; spesialisthelsetjenesteloven, med endringslov av 7. juni 2013 nr. 29 som ennå ikke er ajourført.

I pasient- og brukerrettighetsloven reguleres pasientenes rettigheter ovenfor helse- og omsorgstjenesten. Formålet med loven er å sikre at befolkningen gis lik tilgang til tjenester av god kvalitet. I kvalitetskravet må det innfortolkes et krav om forsvarlighet. God kvalitet oppnås med helsetilbud som er forsvarlig. Det samme gjelder ved kravet om å gi verdig behandling, fastsettelse av frister og øvrige medisinskfaglige skjønnsvurderinger. Loven nevner uttrykkelig kravet til forsvarlighet på tre områder. Det gjelder ved rett til nødvendig helsehjelp av spesialisthelsetjenesten, ved pasientenes og brukernes rett til medvirkning og ved barns rett til aktivitet i helseinstitusjonen.

Psykisk helsevernloven skal sørge for at etablering og gjennomføring av psykisk helsevern skjer på en forsvarlig måte og i samsvar med grunnleggende rettssikkerhetsprinsipper. Forsvarlighetskravet nevnes i phlsvl. § 3-5 andre ledd. Etter denne bestemmelsen kan det gis adgang for å gi tvungen psykisk helsevern ved midlertidig døgnoophold i institusjon som ikke er godkjent for bruk av tvang, betinget av at det er nødvendig med hensyn til forsvarlig helsehjelp. Pasienter kan også undergis psykisk helsevern uten samtykke. Det krever imidlertid at undersøkelsen og behandlingen som gis er i overensstemmelse med faglig anerkjent psykiatrisk metode og forsvarlig klinisk praksis etter phlsvl. § 4-4. I tillegg krever loven at pleiepersonale fører forsvarlig tilsyn i tilfeller hvor departementet gir tillatelse til bruk av nattelåsing av pasientrom. Reglene om dette finnes i phlsvl. § 4A-6 a.

Sphlsl. § 2-2 stiller et generelt forsvarlighetskrav mot helsetjenestene som ytes eller tilbys. Etter denne bestemmelsen er det eieren og ledelsen av helseinstitusjonene som har ansvaret for at dette kravet overholdes. Kravet gjelder alle spesialisthelsetjenester, i form av funksjoner som planlegging, utbygging, organisering, drift og vedlikehold av helsetjenester som tilbys av institusjonen. Eieren og ledelsen har i tillegg et ansvar om å sørge for at helsepersonell har tilstrekkelig kompetanse og at vaktordningene er forsvarlige.

Hensikten med sphi. § 2-2 var å sikre at forsvarlighetskravet kom direkte til uttrykk og ikke bare indirekte som gjeldende rett før loven.⁴³ Det lovfestede forsvarlighetskravet skal forstås som det allerede eksisterende forsvarlighetskravet. Forsvarlighetskravet etter denne bestemmelsen stiller et krav om at innholdet i tjenesten skal være i samsvar med en minstestandard.⁴⁴ Minstestandarden vil variere i forhold til hvilken tjeneste som skal ytes. En slik ordning gir adgangen til å velge mellom ulike tjenestetilbud, så lenge de er innenfor forsvarlighetsrammer. Det kreves likevel at tjenester som ytes er faglige oppdaterte og at feil som skyldes manglende tiltredelse av nye metoder eller teknologi unngås. Hsphi. § 4 inneholder også en slik minstestandard-tenkning som retter seg mot vurderinger som foretas av helsepersonell innen ulike fag og profesjoner.⁴⁵ Forsvarlighetskravet etter sphi. § 2-2 har imidlertid en større rekkevidde ved at det omfatter alle former for overtredelser, uavhengig av om den enkelte helsearbeider kan holdes ansvarlig for brudd på hsphi. § 4. I slike tilfeller vil institusjonen som sådan være ansvarlig for overtredelsen.

Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester regulerer tjenester som tilbys i riket av kommunen eller private som har avtale med kommunen. Kravet om forsvarlighet er lovfestet i hol. § 4-1. Bestemmelsen er en rettslig standard som henviser til målestokk utenfor loven selv. Særlig kvaliteten, omfanget og tidspunktet for tjenestene inngår som tre hovedelementer i forsvarlighetsvurderingen.⁴⁶ Hensikten med forsvarlighetskravet er å virke som en rettesnor for tjenestene som ytes ved å vise til normer som forteller hva som kan betegnes som «god praksis».⁴⁷

I tillegg til at tjenestene som ytes skal være forsvarlige, skal tjenestene gjennomføres med verdighet. Brudd på det som anses som verdig tjenestetilbud, er i seg selv en indikasjon på at tjenestetilbudet er i strid med forsvarlighetskravet.⁴⁸ Det er gitt en forskrift, *verdighetsgarantien*, med hjemmel i hol. § 3-1 tredje ledd og § 3-2 annet ledd. Det er først og fremst tjenestetilbudene i eldreomsorgen som er regulert i denne forskriften, men kravet om verdige tjeneste-

⁴³ Ot.prp. nr. 10 (1998–1999) punkt 2.3.4.1.

⁴⁴ Ot.prp. nr. 10 (1998–1999) punkt 2.3.4.2.

⁴⁵ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.5.3.

⁴⁶ Prop. 91 L (2010–2011) s. 161.

⁴⁷ Prop. 91 L (2010–2011) s. 264.

⁴⁸ Kjønstad og Syse (2012) s. 196.

tilbud må også få betydning i møte med andre pasientgrupper. Betydningen av hva som anses som verdig behandling, beror på behovene til den enkelte gruppen av pasienter. Det som anses som verdig behandling av barn og unge, trenger nødvendigvis ikke å være en verdig behandling av eldre, slik at innholdet i verdighetskravet må tilpasses den enkelte pasientgruppen.

3 GENERELL ANALYSE AV HLSPL. § 4

3.1 Innledning

Tidligere var forskjellige grupper av helsepersonell regulert i ulike lover. Helseprofesjoner som ikke ble omfattet av egne lover ble regulert ved hjelp av ulovfestet rett eller forskrifter. Helsepersonelloven gjorde en endring ved å regulere alle helseprofesjoner under ett. For at lovteksten skulle omfatte alle helseprofesjoner og forskjellene innad i profesjonene, fikk loven en generell utforming. Loven er derfor abstrakt og vanskelig å tolke. Hlspl. § 4 legger opp til noen skjønnsmessige vurderinger i forhold til hva som kan forventes av helsepersonell ut fra *helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig*. Innholdet i hva som kan forventes av helsepersonell setter rammer for hva som anses som forsvarlig yrkesutøvelse for helsepersonell.

3.2 Skjønnsmomenter

3.2.1 Helsepersonellens kvalifikasjoner

For at helsehjelpen som gis skal være forsvarlig, forutsettes det at helsepersonell opptrer i samsvar med forsvarlighetskravet. Forsvarlighetskravet setter grenser for hvilke oppgaver helsepersonell kan påta seg og hva slags helsehjelp det med rimelighet kan forventes av den enkelte helsepersonell. Hvilke forventninger det kan stilles til helsehjelpen, beror på helsepersonellens kvalifikasjoner. Hva den enkelte helsearbeideren er kvalifisert til avgjøres på grunnlag av en *objektiv vurdering*.

Autorisasjonsordningen har til hensikt å kvalitetssikre helsepersonell.⁴⁹ Bare helsearbeidere som oppfyller kvalifikasjonskravene til de enkelte yrkestitlene tildeles autorisasjon eller lisens etter hlspl. § 48 og § 49. Det forutsettes at en gruppe av autorisert helsepersonell har de grunnleggende kunnskapene innenfor sitt fagfelt og at det benyttes ved yrkesutøvelsen.⁵⁰ Profesjonstilhørighet bidrar derfor til forutsigbarhet med tanke på hva pasientene kan forvente av

⁴⁹ Se definisjonen i punkt 1.4 i fremstillingen.

⁵⁰ Befring og Ohnstad (2010) s. 60.

helsehjelp fra en gruppe autorisert helsepersonell. Den helsehjelpen som kan ytes av en tannlege, kan eksempelvis ikke forventes av en spesialist innenfor psykiatrien.

Helsepersonell plikter å *tilpasse yrkesutøvelsen etter sine faglige kvalifikasjoner*. Her vil helsepersonellets grunnutdanning, videreutdanning og dets personlig, praktiske erfaring sette grenser for hva de kan påta seg av arbeidsoppgaver og ansvar.⁵¹ Sak nr. 10/58 er illustrerende på dette punkt. Her hadde en sykepleier unnlatt å følge kommunelegens vedtak om å hente en pasient med tvang for å bli undersøkt av en lege. Nemnda la til grunn at sykepleieren «som psykiatrisk sykepleier og fartøysjef, verken [hadde] myndighet eller kompetanse til å foreta en selvstendig suicidalitetsvurdering og således overprøve kommunelegens vedtak». På bakgrunn av dette hadde sykepleieren vist mangelfull evne til å innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner.

Plikten til å være bevisst på sine egne kvalifikasjoner og begrensninger utgjør en del av *individansvaret*, som pålegger den enkelte helsepersonell om å utøve sin virksomhet i samsvar med forsvarlighetskravet. Hlspl. § 4 andre ledd pålegger helsepersonell å innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner og innhente bistand eller henvise pasienten videre der det er nødvendig og mulig. Det er opp til den enkelte helsearbeider å vurdere hvorvidt han eller hun er kvalifisert til å påta seg oppgaven. Feilvurderinger av sine egne kvalifikasjoner kan innebære brudd på forsvarlighetskravet.

3.2.2 Arbeidets karakter

Arbeidets karakter vil få betydning for hva som kan forventes av helsepersonell. *Instruks fra arbeidsgiver* kan være veiledende for forståelsen av hva som kreves i kraft av helsepersonellets stilling.⁵² Instruks og *rutiner utarbeidet av virksomheten* er for å sikre forsvarlig helse-tilbud. Brudd på stillingsinstruks eller rutiner kan derfor være en presumpsjon for at det foreligger brudd på forsvarlighetskravet.⁵³ I tillegg til å gi instruks og rutiner for arbeidet, har helseinstitusjonene et ansvar om å gi helsepersonell *opplæring, etter- og videreutdanning* etter

⁵¹ Molven (2009) s. 215.

⁵² Befring og Ohnstad (2010) s. 63.

⁵³ Mår (2007) s. 191.

sphlsl. § 3-10. Det innebærer imidlertid ikke at den enkelte helsearbeider ikke har et *selvstendig ansvar om å opprettholde sine faglige kunnskaper*. Alle helsearbeidere har et ansvar om å følge med på den medisinskfaglige utviklingen og tilegne seg nye forsvarlige arbeidsmetoder. Manglende faglig oppdatering på områder som er sentrale for yrkesutøvelsen vil være alvorlig brudd på forsvarlighetskravet.

Helsepersonell må bygge sine beslutninger på *kvalitative undersøkelser og utredninger*.⁵⁴ Kvaliteten på undersøkelsene og utredningene er viktig for å unngå feildiagnoser og feilbehandlinger. I det konkrete tilfellet vil likevel *helsepersonellens skjønnsmessige vurdering* være avgjørende for vurderingen av forsvarlighetskravet, enn selve effekten av behandlingsmetoden som benyttes.⁵⁵ Dersom helsepersonellens vurderingsevne er mangelfull, vil det kunne utgjøre brudd på forsvarlighetskravet. Gode undersøkelser og utredninger innebærer blant annet at det stilles nødvendige spørsmål og at tilstrekkelig informasjon innhentes for å avgjøre pasientens helsetilstand. Her vil også de journalopplysninger som ligger hånd være av betydning. Grundigheten av undersøkelsene og utredningene beror på den enkelte pasientens sykdomsbilde. Omfattende inngrep på usikker indikasjon tilsier strengere krav til grundighet.⁵⁶ I sak nr. 08/157 fra Nemnda hadde en lege henvist tre av sine pasienter til operativ fjerning av brystene uten å ha sørget for tilstrekkelig utredning. Nemnda la betydelig vekt på at saken «[...] dreide seg om *et alvorlig og irreversibelt inngrep* og at dette skjerper kravene til aktsomhet i utredningsfasen».

Diagnosesetting uten forutgående undersøkelser krever særlig varsomhet. Det gjelder spesielt ved fjernbehandlinger over internett og e-post-kommunikasjon, hvor pasientene kan kontakte helsepersonell for å stille spørsmål om sin helsetilstand. Fjernbehandlinger gir begrensede muligheter for å innhente informasjon som er relevant for diagnosen. Det må i slike tilfeller vurderes om det må tas andre steg for å forsikre om at diagnosen er riktig. I sak nr. 09/32 hadde en lege kun hatt kontakt med en pasient med alvorlig sykdom via internett og telefoni. Nemnda presiserte at legen ved dette hadde «reduert sin mulighet til å innhente informasjon som [...] var nødvendig for å utøve forsvarlig virksomhet».

⁵⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.7.2.

⁵⁵ Mår (2007) s. 193–194.

⁵⁶ Befring og Ohnstad (2010) s. 64.

Forsøksvirksomhet stiller særskilte problemstillinger. For at forsøksvirksomheten skal være gyldig, må det gis tilstrekkelig med informasjon til pasienten om formålet, framgangsmåten og de risikoene slik virksomhet innebærer. Pasientens vilje er derfor et grunnleggende vilkår innen forsøksvirksomhet, slik at det innhentes informert samtykke fra pasienten etter reglene i pasientrettighetsloven. Gyldigheten av forsøksvirksomheten betinges også av at framgangsmåten den bygger på er faglig forsvarlig. Metoder som bygger på usikkerhet og som utgjør unødig skaderisiko for pasientene vil være brudd på forsvarlighetskravet.

Utgangspunktet er at helsehjelpen som gis helst bør samsvare med *anerkjente og utprøvde metoder*.⁵⁷ Bruk av *utradisjonelle behandlingsformer*, når det finnes anerkjente alternative metoder, kan innebære brudd på forsvarlighetskravet. Det begrunnes med at pasientene ikke skal utsettes for skaderisiko som er unødvendig og at helsepersonell bør bruke metoder som er begrunnet i medisinskfaglige kunnskaper. Utradisjonell behandling kan likevel være forsvarlig dersom risikoen ved bruk av metodene er kjent og det blir tatt forholdsregler for å ivareta pasientenes sikkerhet. Det samme utgangspunktet gjør seg gjeldende også ved bruk av *alternative behandlingsformer*. Eksempler på alternativ behandling er akupunktur, aromaterapi, kiropraktikk og homeopati. Helsepersonell plikter ikke å sammenblande ordinær og alternativ praksis. Det gjelder spesielt for helsepersonell som jobber i offentlige helseinstitusjoner. Pasienter som oppsøker offentlige helseinstitusjoner forventer helsehjelpen som gis er medisinskfaglig begrunnet. På den annen side kan *pasientenes tilstand og vilje*, sammenholdt med *behandlingsformens skaderisiko*, være avgjørende for hvorvidt den alternative behandlingsformen er forsvarlig eller ikke.

3.2.3 Situasjonen for øvrig

Forsvarlighetskravet legger opp til en helhetlig vurdering ved at forventningene også styres av situasjonen for øvrig. Det kan være faktorer som *arbeids- og tidspress* eller *økonomiske og faglige ressurser* som spiller inn, slik at pasienter ikke får den helsehjelpen som samsvarer med den ønskede behandlingssituasjonen. Virksomheter har eksempelvis en plikt til å vise sparsomhet ved bruk av økonomiske ressurser, uten at det går utover rammene for forsvarlig-

⁵⁷ Befring og Ohnstad (2010) s. 67.

hetskravet. Spørsmålet blir hvordan helsepersonell bør håndtere situasjoner som setter begrensninger på handlingsalternativer, slik at handlingen eller unnlatelsen ikke rammes som brudd på forsvarlighetskravet.

Forsvarlighetskravet er en *minstestandard*, slik at helsepersonell ikke plikter å gjøre alt mulig for den enkelte pasient.⁵⁸ Helsepersonell som handler slik han eller hun *bør gjøre* i en konkret situasjon, oppfyller kravet til forsvarlighet.⁵⁹ Dette innebærer at helsepersonell ikke holdes ansvarlig for situasjoner som vedkommende ikke har herredømme over. Det ville vært urimelig å vurdere helsepersonellens handlemåte på et ideelt grunnlag eller i lys av etterpåklokskap. Vurderingen av forsvarlighetskravet forutsetter derfor at man har kjennskap til den konkrete situasjonen, eller på annen måte sikrer riktig gjengivelse av situasjonen.

Forsvarlig behandling og pleie vil i stor grad avhenge av hva slags *teknisk utstyr, kvalifisert personell* og *legemidler* helsearbeideren har til rådighet.⁶⁰ Det samme gjelder dersom *vedlikehold* og *renhold av utstyret* ikke samsvarer med forsvarlig drift av virksomheten. Bruk av teknisk utstyr krever at man tar forholdsregler og ikke bruker det i strid med alminnelig praksis, da utstyret i seg selv kan innebære risiko for pasientene. For å sikre at helsehjelpen blir forsvarlig er det derfor viktig at kun kvalifisert helsepersonell benytter seg av det avanserte tekniske utstyret og at utstyret kun brukes med nøye overveielser. Forhold som nevnt kan tilsi at pasienten bør vurderes henvist til et annet behandlingssted. Vurderingen av hvorvidt henvisningen er forsvarlig beror på kvaliteten av utstyret og kvalifikasjonene på det alternative behandlingsstedet.

Enkelte situasjoner kan være spesielt akutte, slik at helsepersonell må gå utover sine kvalifikasjoner for å gi livreddende behandling. Kvaliteten på helsehjelpen som ytes må i slike tilfeller avgjøres på bakgrunn av faktorer som spilte inn på den konkrete situasjonen. Dersom det eksempelvis ikke var mulighet for å innhente bedre kvalifisert helsepersonell, vil helsepersonellens handlemåte i det konkrete tilfellet være fri for rettslig ansvar.⁶¹ På samme måte kan

⁵⁸ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.5.3.

⁵⁹ Warberg (2011) s. 148.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.6.1.

⁶¹ Befring og Ohnstad (2010) s. 69.

tids- og arbeidspress være befriende for hvordan helsepersonellet handlet eller unnlot å handle. Arbeidspress på avdelingen kan eksempelvis være ansvarsbefriende for en lege som prioriterer en akutt nødsituasjon framfor en annen pasient i en mindre akutt situasjon. På den annen side kan ikke et helsepersonell gå fri for ansvar dersom han eller hun hadde tilstrekkelig tid til å foreta nødvendige undersøkelser og forholdsregler. Tidspresset må være påtrengende for bruk av risikofylte metoder i en akutt situasjon.

3.3 Uforsvarlighetsterskelen

Grensen mot det uforsvarlige beror på hvorvidt helsepersonell handler i strid med det som anses som faglig forsvarlig. Skjønnsmomentene som er drøftet i punkt 3.2 er veiledende i forståelsen av hva som ligger i faglig forsvarlighet.

Utgangspunktet er at forsvarlighetskravet er en minstestandard, slik at ikke alle overtredelser av forsvarlighetskravet vil føre erstatningsrettslig ansvar.⁶² Høyesterett har uttalt om profesjonsutøverenes ansvar i Rt. 1995 s. 1350. Her hadde Høyesterett frifunnet en eiendomsmegler og takstmann for hus-kjøperens erstatningskrav om at de ikke hadde sjekket om underrettsaken var godkjent for beboelse. Høyesterett til grunn at det i utgangspunktet er «et strengt ulovfestet uaktsomhetsansvar for profesjonsutøvere», men at det «likevel er det et visst spillerom før atferd som kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomt». Nemnda har lagt til grunn det samme utgangspunkt for sine vurderinger. Nemnda har eksempelvis i sak nr. 03/72 uttalt følgende:

«Ikke ethvert brudd på forsvarlighetsnormen vil kunne gi grunnlag for advarsel. Høyesterett uttalte i Rt. 1995 s. 1350 at det er et visst spillerom før atferd som kan kritiseres, må anses som erstatningsbetingende uaktsomt. Det må etter nemndas vurdering også gjelde for brudd på forsvarlighetsnormen som grunnlag for advarsel. Ikke en hver handling som kan kritiseres vil følgelig gi grunnlag for advarsel, til tross for at den isolert sett kan innebære en overtredelse av plikten til å utføre sitt arbeid i samsvar til kravene til faglig forsvarlighet, jf. helsepersonelloven § 4.»

⁶² Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.5.3.

Selv om hlspl. § 4 legger opp til at helsepersonellets yrkesutøvelse skal være forsvarlig og kravet i seg selv er en minstestandard, er det vanskelig å si noe konkret om når grensen mot det uforsvarlige er overtrådt. I punkt 4 f. skal det gjøres en analyse Nemndas praksis med vekt på utvalgte typesituasjoner for å kartlegge de nærmere momentene for forsvarlig yrkesutøvelse.

4 SÆRSKILT ANALYSE AV UTVALGTE TYPETILFELLER

4.1 Oversikt og begrunnelsen for utvalget

For å kartlegge terskelen til forsvarlighetskravet i hlspl. § 4, skal det her gjøres en analyse av utvalgte typetilfeller. Analysen av typetilfellene er av teoretisk og praktisk interesse for å kartlegge forsvarlighetskravet i hlspl. § 4. Ved at analysen knyttes opp mot *faktiske situasjoner* legges det til rette for å kartlegge eventuelle differensieringer i regelanvendelsen. Nødvendigheten av en slik forståelse gjør seg særlig gjeldende der det foreligger tvil om hvorvidt handlingen eller unnlatelsen ligger innenfor de lovpålagte kravene. Når like saker behandles under samme typetilfelle, blir det enklere å kartlegge hvilke momenter og hensyn som Nemnda legger vekt på i sin forsvarlighetsvurdering.

Analysen byr på enkelte utfordringer, i form av at mange av vedtakene er preget av standardformuleringer og kortfattede redegjørelse for enkelte av drøftelsene Nemnda gjør. Eksempelvis har Nemnda nøyet seg med å nevne at det foreligger brudd på journalføringen, uten å gå nærmere inn på det konkrete tilfellet. Dette gjelder spesielt i tilfeller der pliktbruddet inngår i en helhetsvurdering av helsepersonellets yrkesutøvelse som sådan. Det betyr nødvendigvis ikke at sakene er av mindre relevans for å belyse forsvarlighetskravet, da standardformuleringer kan gi uttrykk for fast praksis.

Oppgaven gir ikke muligheten til å behandle alle typetilfeller som melder seg i forhold til helsepersonellets yrkesutøvelse. Det har derfor vært nødvendig å gjøre noen avgrensninger. De aller fleste sakene er av *kombinerte tilfeller*, det vil si at Nemnda gjerne behandler flere krittikkverdige handlinger samtidig. Typetilfellene som behandles i denne oppgaven er valgt etter nøye gjennomgang av Nemndas praksis i perioden 2001–12.12.2012.⁶³ Nemnda har i denne perioden behandlet 143 saker, hvor spørsmålet om brudd på hlspl. § 4 har vært overprøvd. Utvalget av typetilfellene er gjort på grunnlag av forundersøkelser av hvilke saker som utgjør typesituasjoner for helsepersonellets arbeid og som er av særlig aktualitet. Massemediene har

⁶³ Se punkt 1.5.3 foran.

de siste årene avdekket svikt på sentrale områder for helsepersonellens yrkesutøvelse, slik at analyse av aktuelle typesituasjoner er egnet til å kaste lys over nyanser som kan forekomme i praksis.⁶⁴

Den videre fremstillingen går strategisk inn på de ulike typetilfellene som berører viktige deler av helsepersonellens virksomhet. Under hvert typetilfelle behandles to «undertypetilfeller». Disse er skilt ut for å vise de viktigste sidene ved typetilfellene. Nærmere forklaring på dette gis underveis i fremstillingen.

I punk 4.2 skal det først ses på typetilfellet om *journalføringer*. Mangelfulle journalføringer har i praksis stor betydning for store deler av helsepersonellens yrkesutøvelse, som eksempel fremtidige behandlinger og oppfølginger. Det er derfor hensiktsmessig å behandle dette først. Deretter i punkt 4.3 skal typetilfellet om *undersøkelser og utredninger* analyseres. Også dette typetilfellet er grunnleggende viktig for helsepersonellens virksomhet. Feil på undersøkelses- og utredningsstadiet kan få «ringvirkningseffekt» på den behandlingen som gis til pasientene, eksempelvis ved rekvirering av vanedannende legemidler. I punkt 4.4 analyseres sakene om *rekvirering av reseptbelagte legemidler*. Typetilfellet har nære koblinger til journalføringer, undersøkelser og utredninger. Punkt 4.5 og 4.6 analyserer henholdsvis saker om *privatiserende atferd i behandlingssammenheng*, og om *tyveri, naskeri og underslag*. Disse er typetilfeller som er av særlig aktualitet, samtidig som de utgjør en «egen kategori» av kritikkverdige handlinger. Den nærmere sammenhengen mellom hvert typetilfelle vises til underveis i fremstillingen.

4.2 Journalføring

4.2.1 Generelt

Dokumentasjonsplikten følger av helsepersonelloven kapittel 8. Den som yter helsehjelp er pålagt å føre journal for hver pasient etter hlspl. § 39 f. og journalforskriften. Journalforskriften har en viktig rolle i forståelsen av dokumentasjonsplikten i helsepersonelloven, fordi den gir detaljerte regler om journalføring og håndtering av journalopplysninger. Med «journal»

⁶⁴ Se eksempelvis <http://www.ba.no/nyheter/article7163853.ece> og http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Forsto-ikke-norsk_-ga-feil-medisin-2817639.html#.U1V9TV6I2nZ.

eller «pasientjournal» forstås en samling eller en sammensetting av nedtegnede og registrerte opplysninger om en pasient i forbindelse med helsehjelp.⁶⁵

Dokumentasjonsplikten er berørt i omtrent en tredjedel (44 vedtak) av de 143 vedtakene som er gjennomgått i forbindelse med forsvarlighetskravet i helsepersonelloven. Dette er en overraskende stor andel, da journalføring skal være en innarbeidet rutine i helsepersonellens yrkesutøvelse. Analysen avdekker ulike variasjoner av brudd på dokumentasjonsplikten. Ofte har helsepersonell unnlatt å nedtegne viktig informasjon⁶⁶ eller det har blitt journalført opplysninger som er uriktige⁶⁷ og mangelfulle⁶⁸. Mangler i journalføringsplikten har i de fleste sakene inngått som et moment for å stadfeste Statens helsetilsynets vedtak om å ilegge formelle reaksjoner.

Et karakteristisk trekk ved disse sakene er at journalene danner grunnlaget for å gi forsvarlig behandling. Mangelfulle eller manglende journaler gjør det vanskelig for helsepersonellet selv og for annet kvalifisert helsepersonell å ha et riktig utgangspunkt for den videre oppfølgingen av pasientene. Betydningen av når en journal lider av «kvalifisert mangel» får derfor betydning for forsvarlighetsteskelen.

I punkt 4.2.2 nedenfor skal det først gjøres en analyse av saker som belyser hvordan journalen fungerer som arbeidsverktøy. Deretter skal det i punkt 4.2.3 ses på hvilken betydning retningslinjer for forsvarlig journalføring.

4.2.2 Journalen som et arbeidsverktøy

I punkt 3.2.2 foran ble det redegjort for at helsepersonell må bygge sine beslutninger på kvalitative begrunnelser og utredninger, der også tilgjengelige journalopplysninger er av betydning. En av de viktigste funksjonene til pasientjournalene er å forenkle kommunikasjon med samarbeidene kvalifisert helsepersonell, unngå feilbehandlinger og forsinkelser i iverksettelse.

⁶⁵ Jf. hlspl. § 40 første ledd og journalforskriften § 3 a.

⁶⁶ Se til illustrasjon sak nr. 05/23, sak nr. 05/52, sak nr. 06/84, sak nr. 09/32 og sak nr. 10/44.

⁶⁷ Se til illustrasjon sak nr. 06/58, sak nr. 08/161 og sak nr. 10/26.

⁶⁸ Se til illustrasjon sak nr. 01/129, sak nr. 06/55, sak nr. 06/108 og sak nr. 11/183.

sen av de adekvate tiltakene.⁶⁹ Mangler i journalene kan føre til at det blir vanskelig å tolke opplysningene som nedtegnes og få riktig sykdomsbilde av pasientens helsetilstand.

Hvorvidt journalføringen oppfyller sin funksjon som arbeidsverktøy, beror på en *konkret vurdering* av helsepersonellens journalføringer. Nemnda har i flere av sakene tatt stilling til om journalene er egnet til å gi informasjon om pasientens sykdomsbilde. Ofte formulerer Nemnda sine begrunnelser på følgende måte:

«Generelt er journalene vanskelig å lese for *utenforstående* og de gir *lite informasjon* om pasientenes lidelser og den utredning og behandling som er gjort. ... [J]ournalen [skal] også inneholde opplysninger om legens funn og vurdering av pasientens lidelse og den undersøkelse, diagnostisering og behandling legen iverksetter.» (Sak nr. 06/40)

Lignende begrunnelser er gitt i flere av avgjørelsene om journalføring, slik at det dannes linjer i Nemndas praksis.⁷⁰ Som en forutsetning for at journalen skal oppfylle sin funksjon som arbeidsverktøy, legger Nemnda særlig vekt på *relevansen av de nedtegnede opplysningene*. Det ble eksempelvis i sak nr. 06/173 vektlagt at manglene i journalføringen «var spesielt uheldig fordi ... [legen] var i et avgrenset vikariat og var klar over at andre måtte følge opp pasienten etter at han hadde reist». Oppfølgingen av pasienten var ifølge Nemnda avhengig av de *faglige vurderingene* som var gjort av den vikarierende legen. Når dette ikke var gjort, innebar det at journalen ikke var egnet som et arbeidsverktøy på grunn av de foreliggende manglene.

På en annen side vil ikke ethvert brudd på nedtegnelser av relevante opplysninger være egnet til å ilegge formelle reaksjoner. Dette gjelder til tross for at pliktbruddet, isolert sett, innebærer overtredelse av kravet til forsvarlig yrkesutøvelse. Nemnda ser ut til å se på *grovheten* av manglene i journalene. Et av de momentene Nemnda legger vekt på i sin grovhetsvurdering, er hvorvidt det er snakk om et *enkelstående tilfelle* av mangelfull journalføring. I sak nr. 06/179 hadde legen unnlatt å notere ned de opplysningene pasienten hadde gitt han. Nemnda la i sin vurdering vekt på at

⁶⁹ NOU 1993: 33 punkt 17.2.1.

⁷⁰ Se til illustrasjon sak nr. 06/59, sak nr. 06/141, sak nr. 06/165, sak nr. 07/37, sak nr. 08/142, sak nr. 09/150 og sak nr. 11/173.

«sykdomsbildet ved konsultasjonen [...] *ikke var entydig*, og at tilstanden ikke fremstå så ustabil som den etter hvert utviklet seg. Det er dessuten tale om en *enkeltstående hendelse*, og at ... [legen] reagerte *helhetlig og adekvat* da situasjonen forverret seg for pasienten, og det ble klart at han hadde behov for rask behandling.»

Momentet om at det foreligger et enkeltstående tilfelle av mangelfull journalføring er fulgt opp i sak nr. 06/200, sak nr. 10/55 og sak nr. 10/168. Det at helsepersonellet har *handlet helhetlig og adekvat* ble tillagt vekt i sak nr. 03/97 og sak nr. 04/14. Nemnda så positivt på at helsepersonellet i de foreliggende tilfellene hadde trukket de riktige diagnostiske slutninger fra pasientenes symptomer og helsetilstand.

Nemndas grovhetsvurdering ser dessuten på *avviket* mellom normen og helsepersonellets handlinger (eller unnlatelser). Sak nr. 03/97 illustrerer dette. Her hadde legen ikke stilt tilfredsstillende spørsmål til pasienten, i tillegg til at han hadde unnlatt å journalføre opplysningene om brystmerter. Nemnda uttalte følgende:

«Nemnda er imidlertid av den oppfatning at *avviket mellom normen og atferden for forsvarlig/uforsvarlig virksomhet* ikke er stort nok til at pliktbruddet resulterer i en advarsel. Ved denne vurdering har nemnda lagt vekt på at ... [legen] tross alt stilte plausibel diagnose ut fra de symptomer han hadde fått oppgitt.»

En lignende begrunnelse er gitt i sak nr. 06/62. I disse sakene er det imidlertid viktig å se at Nemnda gjorde en helhetsvurdering av de mangelfulle journalføringene og de undersøkelsene og utredningene som helsepersonellet gjorde. Momentet må derfor få en helhetlig betydning, og ikke bare for den mangelfulle journalføringen.

En viktig forutsetning for at journalen skal fungere som et arbeidsverktøy er at informasjonen som nedtegnes er riktig, slik at det i ettertid er mulig å basere seg på opplysningene. Nemnda legger til grunn at *uriktige nedtegnelser i journalene* ikke holder mål med det som forventes av helsepersonellets faglige og etiske standarder.⁷¹ Nemnda har i disse sakene tillagt hensynet til *tilliten og kvaliteten i helsetjenesten* særlig betydning. I sak nr. 06/58 hadde en jordmor skrevet feilaktige opplysninger i pasientens journal om at hun hadde registrert «god foster-

⁷¹ Se til illustrasjon sak nr. 04/28, sak nr. 06/58, sak nr. 08/161 og sak nr. 10/26.

lyd», selv om hun ikke hadde lyttet til fosterlyden. Nemnda så svært alvorlig på dette og presiserte følgende om viktigheten av riktige journalføringer:

«Opplysningene i journalen vil danne grunnlaget for videre undersøkelser og oppfølging av pasienten. Det er således viktig at ... [helsepersonellet] som overtar [pasientbehandlingen] kan stole på at de opplysningene som er journalført er riktige.»

I sak nr. 10/26 hadde legen opprettet journalnotater med angitte diagnoser og behandlinger for pasienter som ikke hadde vært til konsultasjon. Nemnda uttalte at

«[n]år navngitte pasienter blir registrert med feilaktige opplysninger, representerer dette forholdet i seg selv en *sikkerhetsrisiko*, fordi dette kan medføre at pasienter i fremtiden ikke får forsvarlig behandling eller nødvendig oppfølging.»

Det foreligger imidlertid få saker som behandler forhold som har med uriktige journalføringer å gjøre, slik at det er vanskelig å gjøre systematiske betraktninger. Nemnda ser likevel ut til å legge terskelen veldig lavt for å la helsepersonell gå ansvarsfri i de få sakene som handler om dette temaet. I samtlige saker ble helsepersonell ilagt formelle reaksjoner.

4.2.3 Retningslinjer for journalføring

For enkelte pasientgrupper er det utarbeidet retningslinjer for journalføring, slik at hensynet til *forsvarlig oppfølging* og *kontroll* ivaretas. I teorien vil brudd på instruks og rutiner være en presumpsjon for at det foreligger brudd på forsvarlighetskravet.⁷² Nemndas praksis bekrefter dette utgangspunktet, ved at de i flere tilfeller har støttet seg på retningslinjer som regulerer journalføringer.⁷³

Særlig ved rekvirering av reseptbelagte legemidler har det vært viktig å følge retningslinjer for foreskrivning av legemidler. I sak nr. 11/173 har Nemnda gjort følgende presiseringer:

«Journalene inneholder [...] svært få opplysninger om ... [helsepersonellens] *helsefaglige begrunnelser* for behandlingen. Etter nemndas syn gir IK-2755 uttrykk for hva som må kreves for at virksomheten kan

⁷² Se punkt 3.2.2 foran.

⁷³ Se til illustrasjon sak nr. 10/169 og sak nr. 10/205.

anses *forsvarlig* og nemnda finner at ... [helsepersonellens] *rekvireringspraksis* ikke har vært i samsvar med disse kravene.»

Nemnda har brukt samme utgangspunkt for vurderingen i sak nr. 08/16. Det forekommer ofte at journalføringene i rekvireringssakene er *kortfattede* og derfor ikke egner seg som arbeidsverktøy og for forsvarlig oppfølging av pasientens legemiddelbruk. Se eksempelvis sak nr. 11/213, der legen hadde ført korte journalnotater for flere av sine pasienter. Nemnda ser ut til å operere med lav forsvarlighetsterskel for å ivareta pasientsikkerheten i saker som handler om mangelfulle journalføringer ved rekvirering av reseptbelagte legemidler.

I sak nr. 10/205 tok Nemnda stilling til om journalføringen av selvmordsrisikovurderingene var i samsvar med de gitte retningslinjene. Det ble lagt vekt på at det i den foreliggende saken var stor *risiko for alvorlig skade*, og at det skjerpet kravet til forsvarlighet. De manglende journalføringene var derfor ikke i tråd med retningslinjene. I en annen sak kom Nemnda imidlertid til at den manglende journalføringen av selvmordsrisikovurdering ikke var tilstrekkelig for å ilegge formelle reaksjoner.⁷⁴ Nemnda hadde gjort en helhetsvurdering og kommet til at pliktbruddet i det konkrete tilfellet ikke var alvorlig. Utfallet i sistnevnte sak indikerer at det i vurderingen av om helsepersonellet har overholdt retningslinjene for selvmordsrisikovurderinger, må gjøres en helhetlig vurdering med vekt på pliktbruddets *alvorlighetsgrad*. Det samsvarer med teorien, men det må bemerkes at det ikke foreligger ytterligere saker (i saksmengden som er gjennomgått) som kan bekrefte (eller avkrefte) dette synspunktet.⁷⁵

4.2.4 Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen

I begrunnelsen for å ilegge formelle reaksjoner i journalsakene tillegger Nemnda hensynet til *pasientsikkerheten* og *sikkerhet i helsetjenesten*, og det at handlingen eller unnlattelsen er egnet til å påføre pasientene betydelig belastning særlig betydning. I sak nr. 08/142 hadde klageren (helsepersonellet) anført at «journalføringen sikkert kunne vært grundigere», men at ressursmessige avveininger på en travel legevakt måtte tillegges vekt i vurderingen av om det forelå brudd på forsvarlighetskravet. Nemnda la likevel etter en konkret vurdering til grunn at

⁷⁴ Se sak nr. 10/55.

⁷⁵ Se punkt 3.2.3 foran.

«[k]lageren har med dette uaktsomt overtrådt plikter etter helsepersonelloven §§ 4, 39 og 40 og unnlatelsene var etter nemndas oppfatning egnet til å medføre *fare for sikkerheten i helsetjenesten* og til å *påføre pasienten en betydelig belastning*. [...] Videre medfører klagerens mangelfulle journalføring risiko for feil eller mangelfull behandling, og utgjør med dette også en *fare for sikkerheten i helsetjenesten*.»

Etter Nemndas vurdering måtte de overnevnte hensynene tillegges større betydning enn de ressursavveiningene som helsepersonellet hadde anført. Ofte bruker Nemnda lignende presiseringer når de omtaler disse hensynene.⁷⁶ Det at Nemnda tillegger disse hensynene avgjørende vekt i flere saker, illustrerer at det foreligger en form for fast nemndspraksis.

En ulempe ved Nemndas praksis er at de i mange av sakene bare konstaterer at det foreligger mangel i journalføringene, uten å gå nærmere inn på hva manglene innebærer, se eksempelvis sak nr. 01/66, sak nr. 03/131 og sak nr. 11/31. I sistnevnte sak uttalte Nemnda om at journalføringen var «misvisende», uten å gå nærmere inn på det. I andre tilfeller slutter Nemnda seg til Statens helsetilsynets vurderinger, uten å gjøre sine egne merknader. Praksisen er uheldig fordi helsepersonellet ikke blir gitt en konkret begrunnelse og får dermed et dårlig utgangspunkt for å gjøre fremtidige forbedringer i sitt arbeid. Kortfattede redegjørelser egner seg dessuten ikke til å fastsette grensen for hva anses som forsvarlig journalføring.

Fra de journalføringssakene som er analysert i forbindelse med denne oppgaven, kan det trekkes noen linjer som kan belyse forsvarlighetsterskelen i hlspl. § 4. Journalen skal fungere som et arbeidsverktøy for helsepersonell og for kommunikasjonen mellom samarbeidende helsepersonell. Manglene i journalføringene og manglenes *grovhet* får derfor betydning for hvorvidt journalen oppfyller sine formål.

Momentene som tillegges betydning i journalføringssakene, er om det *foreligger et enkeltstående tilfelle* av overtredelse og hvorvidt helsepersonellet har *handlet helhetlig og adekvat* i den gitte situasjonen.⁷⁷ *Avviket* mellom helsepersonellets handlinger (eller unnlatelser) og normen inngår som et moment i Nemndas grovhetsvurdering.⁷⁸

⁷⁶ Hensynene er tillagt vekt i følgende saker fra Statens helsepersonellnemnd om journalføring: Sak nr. 08/142, sak nr. 07/37, sak nr. 06/141, sak nr. 06/59, sak nr. 06/173, sak nr. 06/165 og sak nr. 09/150.

⁷⁷ Se punkt 4.2.2.

⁷⁸ Se punkt 4.2.2.

Terskelen til forsvarlighet i disse sakene beror på om opplysningene i journalene er av *relevans* og *troverdighet* for å sikre en forsvarlighet behandling av pasientene. Nemnda har i sine begrunnelser for når mangler i journalføringene har basert seg på konkrete og helhetlige vurderinger. Hvorvidt det foreligger «kvalifisert mangel» i journalene avhenger av flere faktorer. Det avgjørende for Nemndas avgjørelser er om manglene i journalføringene får utslagsgivende betydning for det som må anses som forsvarlig yrkesutøvelse.

4.3 Undersøkelser og utredninger

4.3.1 Generelt

Hlspl. § 4 legger opp til at helsepersonell skal bygge sine beslutninger på kvalitative undersøkelser og utredninger, jf. punkt 3.3.2 foran. Undersøkelser og diagnostiseringer danner et viktig grunnlag for å gi forsvarlig behandling til pasientene. Kravene til forsvarlig undersøkelse vil variere på bakgrunn av tiden som er til rådighet, hvilken skaderisiko behandlingen eller unnlatelsen av behandlingen innebærer og om det finnes alternative undersøkelsesmetoder.⁷⁹ Det gis ikke en definisjon på begrepet «utredning» og «undersøkelse» i helsepersonelloven og forarbeidene. Begrepene må derfor forstås i lys av medisinskfaglige begrunnelser. I praksis viser det seg at undersøkelses-stadiet og utrednings-stadiet overlapper hverandre i form av at undersøkelsene som iverksettes ofte har til hensikt å utrede pasientens helsetilstand.

Helsepersonellets utredninger og undersøkelser berøres i de fleste av de 143 sakene som har blitt gjennomgått. Det kommer av at helsehjelpen grunner seg på helsepersonellets undersøkelser og utredninger, slik at feil på dette stadiet får utslag på forskjellige måter for den behandlingen som gis. Mangler i utredninger forekommer ofte i form av at helsepersonell unnlater å legge vekt på ytre symptomer og andres observasjoner⁸⁰ eller ikke innhenter relevante opplysninger før behandlingen iverksettes⁸¹. Manglende innhenting av bistand fra annet kvalifisert helsehelsepersonell kan også få betydning for utredningene som gjøres.⁸² Grunnlaget for

⁷⁹ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 4.2.7.2.

⁸⁰ Se til illustrasjon sak nr. 11/129 og sak nr. 11/31.

⁸¹ Se til illustrasjon sak nr. 08/142, sak nr. 06/108.

⁸² Se til illustrasjon sak nr. 07/81, sak nr. 08/157 og sak nr. 10/10.

analysen av dette typetilfellet bygger på omtrent 49 vedtak. Nemnda har i disse sakene sett på om helsehjelpen som ble gitt (eller ikke ble gitt) baserte seg på riktige undersøkelser og utredninger.

Det knytter seg noen særskilte problemstillinger til jordmødrenes undersøkelses- og utredningsplikt i kritiske fødselssituasjoner. Det karakteristiske i disse sakene er at det allerede foreligger en faretruende situasjon, og det derfor blir vanskelig å si når jordmoren har handlet kritikkverdig i forhold til å undersøke og utrede pasienten. Nedenfor i punkt 4.3.3 vil det gjøres en analyse av saker som omhandler jordmødrenes undersøkelses- og utredningsplikt for å kaste lys over Nemndas vurderinger i disse sakene.

4.3.2 Undersøkelser og utredninger for å avkrefte alvorlige sykdommer

Grundigheten av undersøkelsene og utredningene beror på pasientens sykdomsbilde.⁸³ Deresom pasientens symptomer og helsetilstand for øvrig vekker mistanke om alvorlig sykdom, plikter helsepersonellet å gjøre de nødvendige undersøkelsene og utredningene for å avkrefte disse. I teorien går undersøkelsesplikten lenger enn plikten til å gi helsehjelp.⁸⁴ Det betyr likevel ikke at alle tenkelige undersøkelser må gjennomføres. Hvilke undersøkelser og utredninger som skal iverksettes beror på helsepersonellets skjønnsmessige vurderinger.

I Nemndas overprøving i disse sakene gjøres det en *konkret vurdering* av helsepersonellets handlinger og unnlatelser. Nemnda ser ut til å legge vekt på forhold som skulle ha ført til nærmere undersøkelser og utredninger av pasienten. Det kan eksempelvis være symptomer som var tilstede under konsultasjonstiden eller den perioden helsepersonellet hadde ansvaret for pasienten. Sak nr. 11/131 handler om en pasient som døde som følge av en kreftlidelse, som ikke ble oppdaget på et tidligere tidspunkt. Nemnda la til grunn følgende presiseringer:

«Etter nemndas syn var det i pasientens tilfelle *ikke forsvarlig* når ... [helsepersonellet] kun undersøkte og behandlet pasienten med tanke på hypotyreose og depresjon. Nemnda vektlegger at pasienten, som var en kvinne med i utgangspunktet normal vekt, hadde hatt et uttalt vekttap, hun hadde vedvarende smerter i

⁸³ Se punkt 3.2.2 foran.

⁸⁴ Befring (2007) s. 39.

ben som også forekom i hvilke samt søvnvansker/uro/depresjon. [...] Etter nemndas syn gjorde ikke ... [helsepersonellet] *nok* for å kunne *avkrefte* muligheten for at det forelå alvorlig sykdom.»

Nemnda har gitt lignende presiseringer i alle de sakene hvor situasjonen burde ha vekket mistanke om alvorlige sykdommer, slik at helsepersonellet skulle ha *handlet annerledes* for å avklare situasjonen.⁸⁵ Dette danner linjer i Nemndas praksis, slik at undersøkelses- og utredningsplikten er skjerpet der situasjonen tilsier det.

Det er ikke bare de ytre symptomene som vektlegges, men også de opplysningene som helsepersonellet selv innhenter. Helsepersonell plikter blant annet å avklare situasjonen ved å stille spørsmål til pasienten. I sak nr. 08/142 konkluderte helsepersonellet med at pasienten hadde en bihulebetennelse, når hun senere ble diagnostisert med hjerneinfarkt. Nemnda kom til at legen ikke stilte de relevante spørsmålene for å avkrefte muligheten for øyeblikkelig hjelp-situasjon. Nemnda har gitt lignende uttalelse i sak nr. 11/75 som også handler om mangelfulle spørsmålstillinger. Særlig ved telefonhenvendelser legger Nemnda vekt på helsepersonellets plikt til å utrede situasjonen ved å stille relevante spørsmål. I sak nr. 03/131 hadde legevakslegen ikke i tilstrekkelig grad redegjort for hvorvidt det var snakk om en alvorlig sykdom, og Nemnda uttalte følgende:

«Det er en leges ansvar å *innhente de opplysninger* som er nødvendige for å bringe klarhet i situasjonen og kunne iverksette nødvendige tiltak. Ved en telefonhenvendelse bør legen derfor, så langt det er mulig, stille spørsmål for *differensialdiagnostiske vurderinger*, slik at han kan være i stand til å fange opp de alvorlige tilfellene. Det kan etter nemndas oppfatning ikke overlates til pasient eller pårørende å få fram tilstrekkelige opplysninger om sykdomstilstanden. [...] Dette førte følgelig til at ... [legevakslegen] ikke skjønnte at det forelå en *øyeblikkelig hjelp situasjon*.»

Hvorvidt helsepersonellet har handlet *adekvat* på bakgrunn av de ytre symptomene og de opplysningene som er innhentet, beror på en *helhetsvurdering*. Sak nr. 01/66 illustrerer dette. Her hadde tannlegen unnlatt å undersøke og utrede pasienten på et tidligere tidspunkt for å utelukke et begynnende kariesangrep. Nemnda la til grunn at tannlegen hadde handlet kritikkverdig, men at det likevel ikke var grunnlag for å tildele tannlegen advarsel. Nemnda presiserte med at

⁸⁵ Se til illustrasjon sak nr. 03/129, sak nr. 06/173, sak nr. 11/129 og sak nr. 09/157.

«[...] det ikke er grunnlag for å rette kritikk mot den behandlingen ... [tannlegen] faktisk ga pasienten. [...] Nemnda finner ikke grunn til å trekke i tvil at denne *undersøkelsen* ble unnlatt fordi ... [tannlegen] stolte på diagnosen til henvisende tannlege og fordi pasientens egen sykdomsbeskrivelse i begynnelsen av behandlingsperioden ikke tilsa problemer i høyre side i overkjeven.»

Nemnda har gjort lignende helhetsvurderinger i flere saker, og har enstemmig kommet til at helsepersonellets unnlatelse eller manglende undersøkelser og utredninger ikke innebærer brudd på forsvarlighetskravet.⁸⁶ Dette bekrefter teorien om at helsepersonell som handler i samsvar med god praksis og iverksetter de adekvate tiltakene utøver yrket ikke kan holdes ansvarlige for uheldige utfall av situasjonen. Drøftelsen av forsvarlighetskravet som en minstestandard er gjort i punkt 3.2.3 foran.

4.3.3 Jordmorsaker

Av de sakene som har vært undersøkt (143 vedtak) er det få saker som handler om jordmødrenes yrkesutøvelse, men på grunn av massemedienes oppmerksomhet på disse sakene er det viktig å kaste lys over de feilene som forekommer.⁸⁷ En jordmor har som oppgave å overvåke, observere og være til stede under fødselen. Det karakteristiske for disse sakene er at det foreligger vanskelige fødselssituasjoner, slik at det kreves særlig aktsomhet av de vakthavende jordmødrene. Ved risikable fødsler er det viktig å føre *grundige undersøkelser* underveis for ha kontroll over situasjonen. I enkelte situasjoner kreves det at jordmoren tilkaller annet kvalifisert helsepersonell, eksempelvis en lege, for å vurdere om det foreligger reel avvik eller ikke.⁸⁸

Sak nr. 06/58 handlet om en pasient som var innlagt til observasjon på grunn av igangsetting av overtidig svangerskap. Her hadde jordmoren unnlatt å undersøke fosterlyden da vannet gikk, i tillegg til at hun ikke undersøkte pasienten da hun ble kjent med at det tilkom blodtild blandet fostervann. Jordmoren oppfattet ikke det som tegn på at noe var galt. Nemnda la til grunn at

⁸⁶ Se til illustrasjon sak nr. 03/97, sak nr. 06/200 og sak nr. 11/102.

⁸⁷ <http://www.nrk.no/nordland/1.11642203>.

⁸⁸ Se til illustrasjon sak nr. 07/81 og sak nr. 10/10.

«[jordmoren] selv [skulle] ha *undersøkt* pasienten for å vurdere mengden blødning. På denne måten kunne hun avklart at det var tale om en normal tilstand eller indikasjon på at noe kunne være noe galt. ... [Jordmoren] skulle ha lyttet på fosterlyden og foretatt en vurdering av om det var nødvendig med ny CTG-registrering. Etter nemndas vurdering skjerper det *aktsomhetsplikten* at yrkesutøvelsen kan innebære risiko for alvorlige skader og død for barnet og den fødende.»

Videre presiserte Nemnda at «[d]e nevnte forhold gjorde at terskelen for undersøkelser, herunder lytting av fosterlyd og igangsetting av CTG-registrering, *burde vært lav*».

Lignende *undersøkelsesplikt* har Nemnda lagt til grunn i sak nr. 05/104 og sak nr. 07/81, men med en litt annerledes formulering. Jordmoren hadde i sak nr. 05/104 ikke tolket CTG-registreringene på en tilfredsstillende måte. Hun hadde nøyet seg med å se på et utsnitt av CTG-registreringen på et tidspunkt hvor CTG-kurven var patologisk. Jordmoren hadde ikke oppfattet fosterlydsforandringene som foruroligende. Også her la nemnda til grunn at

«[jordmoren] var kjent med at ... [pasientens] fostervann var misfarget samt at hun var koblet til STAN-registrering, og dette var forhold som, etter nemndas oppfatning, medførte et krav om ekstra oppfølging og årvåkenhet fra ... [jordmorens] side.»

I sak nr. 07/81 var pasienten førstegangsfødende og hadde en stor muskelsvult i livmoren. Nemnda kom til at jordmoren på et tidligere tidspunkt burde ha koblet til en CTG-registrering for å utelukke en avvikende eller patologisk CTG. Nemnda presiserte at de her delte «Statens helsetilsynets oppfatning av pasientens sykehistorie tilsa at terskelen for å reagere ved tegn på unormal utvikling burde vært *lavere* [...] *enn normalt*».

Det er som nevnt få saker som handler om jordmødrenes yrkesutøvelse av den saksmengden som er gjennomgått i forbindelse med denne masteroppgaven. Det er derfor vanskelig å si noe konkret om hvorvidt Nemnda opererer med en fast praksis på dette feltet. De sakene som er illustrert ovenfor kan imidlertid belyse hvor langt undersøkelsesplikten går i tilfeller hvor det er snakk om risikofylte fødsler. Nemnda ser ut til å legge vekt på de foreliggende omstendighetene, slik at det stilles skjerpet krav til aktsomhet og årvåkenheten. Undersøkelsesplikten går gjerne lengre ved potensielt faretruende fødsler.

4.3.4 Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen

I de overnevnte sakene har Nemnda tillagt *risikoen for alvorlige skader* (og død) særlig vekt i sin forholdsmessighetsvurdering.⁸⁹ Vurderingen knytter seg til hvorvidt det skal ilegges formelle reaksjoner eller ikke. I likhet med journalføringssakene får hensynet til pasientsikkerhet og sikkerhet i helsetjenesten, og om handlingen er egnet til å påføre betydelig belastning for pasientene utslagsgivende betydning.

Det særegne for undersøkelses- og utredningssakene er at det her vektlegges om helsepersonellet hadde andre *handlingsalternativer*.⁹⁰ Dette er plausibelt i forhold til en helhetsvurdering, der situasjonen for øvrig får betydning for om helsepersonellet hadde muligheten til å handle annerledes for å avverge alvorlige skader eller død.⁹¹ Der det har vært *enkeltstående overtredelser* av undersøkelses- og utredningsplikten, har Nemnda vurdert pliktbruddets alvorlighetsgrad.⁹² I vurderingen blir det sett på om pliktbruddet egner seg for å ha store konsekvenser for pasientene og om helsepersonellet har vist svikt på et sentralt område for sin virksomhet.

I undersøkelses- og utredningssakene ser det ut til at Nemnda vurderer forsvarlighetsterskelen alt etter hvilken situasjon helsepersonellet opptrer i. Sykdommens ytre symptomer og andres observasjoner får betydning for hvor grundig utredning helsepersonellet plikter å gjøre. Nemnda har i flere av sakene kommet til at terskelen for grundigere undersøkelser og utredninger settes lavt der hvor pasientens lidelser indikerer alvorlige sykdommer. I dette ligger et innebygd krav om at helsepersonell plikter å være faglig oppdaterte på sitt felt.⁹³

Forsvarlighetsterskelen er satt lavt i situasjoner som allerede er faretruende. Jordmor-sakene belyser dette. I samtlige saker kom Nemnda til at det måtte ilegges formelle reaksjoner, og begrunnet dette med at det for jordmødrene var kjent med at fødslene var vanskelige. Jord-

⁸⁹ Momentet er tillagt vekt i sak nr. 03/131, sak nr. 06/58 og sak nr. 10/10.

⁹⁰ Se til illustrasjon sak nr. 09/157, sak nr. 10/10, sak nr. 11/31, sak nr. 11/75, sak nr. 11/129 og sak nr. 11/131.

⁹¹ Se punkt 3.2.3 foran.

⁹² Se til illustrasjon sak nr. 09/157, sak nr. 11/75, sak nr. 11/129 og sak nr. 11/131.

⁹³ Se punkt 3.2.2 foran.

mødrenes mangelfulle undersøkelser underveis i fødslene ble derfor ikke ansett for å være i tråd med forsvarlig yrkesutøvelse.

4.4 Rekvirering av reseptbelagte legemidler

4.4.1 Generelt

Reglene for rekvirering av reseptbelagte legemidler er gitt i hlspl. § 11. Formålet med bestemmelsen er å begrense adgangen til rekvirering av reseptbelagte legemidler, slik at det tilrettelegges med styring ved bruk av legemidler av hensyn til pasientenes helse.⁹⁴ Bestemmelsen er overføring av tidligere legel. § 18 og tannlegeloven § 18.⁹⁵ Det er først og fremst leger og tannleger som har rekvireringsretten. Annet helsepersonell kan gis begrenset rekvireringsadgang med hjemmel i forskrift. Det er gitt to forskrifter med hjemmel i denne bestemmelsen, som vil være av betydning for å forstå kravene til rekvireringsrett.⁹⁶

Det er 21 vedtak (av 143 vedtak) som danner grunnlaget for denne delen av analysen. Her har Nemnda overprøvd helsepersonellens rekvireringspraksis opp mot helsepersonelloven, de relevante forskriftene og retningslinjene. Særlig Statens helsetilsynets veileder IK-2755 om «vanedannende legemidler – forsvarlighet og rekvirering» har vært et viktig utgangspunkt for Nemndas vurderinger i disse sakene.⁹⁷

Analysen avdekker at uforsvarlig rekvireringspraksis ofte er et utslag av mangelfull utredning, diagnostisering og oppfølging av pasientens helsesituasjon. Uforsvarlig rekvireringspraksis kan få alvorlige konsekvenser for pasientene på ulike måter, deriblant i form av at det blir vanskelig å gjennomføre alternative behandlingsmetoder og nedtrappingsplaner. Det karakteristiske for disse sakene er den pasientgruppen som blir rammet av helsepersonellens hand-

⁹⁴ Befring og Ohnstad (2010) s. 129.

⁹⁵ Lov om tannleger 13. juni 1980 nr. 43. Loven er opphevet med helsepersonelloven og lov om legemidler 04. desember 1992 nr. 132.

⁹⁶ Forskrift 27. april 1998 nr. 455 om rekvirering og utlevering av legemidler fra apotek og forskrift 3. april 2008 nr. 320 om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp.

⁹⁷ En oppdatert veileder om rekvirering og forsvarlighet av vanedannende legemidler kom i april 2014: <http://www.helsedirektoratet.no/sites/vanedannende-legemidler/Sider/default.aspx>.

linger og unnlatelser. Det er pasienter som utgjør en krevende gruppe med sammensatt sykdomsbilde. Mange av pasientene er dessuten allerede rusmiddelavhengige eller etablerer seg en slik avhengighet som følge av helsepersonellens ukritiske rekvireringer.

Nedenfor skal det først ses på saker som kan belyse hvilke undersøkelser og utredninger som kreves for å rekvirere reseptbelagte legemidler. Deretter skal det ses hvilke vurderinger Nemnda gjør i forhold til helsepersonellens samarbeidsevne med annet kvalifisert helsepersonell i rekvireringssakene.

4.4.2 Behandlingsgrunnlag

Rekvirering av legemidler forutsetter at det foreligger tilstrekkelig grunnlag for å gi en slik behandling, i tillegg til at det gjøres fortløpende vurderinger for å føre tilstrekkelig kontroll med behandlingen som gis. Dette er i samsvar med teorien om at helsepersonell må bygge sine beslutninger på kvalitative undersøkelser og utredninger.⁹⁸

Nemnda legger betydelig vekt på behandlingsgrunnlaget for rekvirering av vanedannende legemidler. Et sentralt moment som vektlegges er om det foreligger *medisinsk indikasjon* for å rekvirere vanedannende legemidler. Momentet tillegges særlig betydning der det er snakk om langvarige rekvireringer. Ofte presiserer Nemnda dette med følgende formulering:

«[Helsepersonellet] har rekvirert betydelige legemidler i gruppe A og B til en rekke narkomane og andre rusmiddelavhengige pasienter over lengre tid uten at det foreligger klar anerkjent *medisinsk indikasjon* for behandlingen. Etter nemndas oppfatning er det ikke foretatt tilfredsstillende *diagnostiske vurderinger* og *utredninger* vedrørende det medisinske behov for den behandling som gis.» (Sak nr. 04/35)

Nemnda har fulgt opp dette momentet i flere saker, slik at det viser et fast mønster i praksisen.⁹⁹ Det ser ut til at Nemnda gjerne bruker ulike formuleringer for å vektlegge hvorvidt det foreligger tilstrekkelig grunnlag for behandling. I sak nr. 07/112 hadde legen rekvirert vane-

⁹⁸ Se punkt 3.2.2 foran.

⁹⁹ Se til illutasjon sak nr. 03/103, sak nr. 06/84, sak nr. 07/9, sak nr. 07/116, sak nr. 09/150, sak nr. 11/173, sak nr. 11/183 og sak nr. 11/209.

dannende legemidler til 66 pasienter. Helsetilsynet hadde vurdert foreskrivningene til åtte av de pasientene. I sin overprøvelse av saken presiserte Nemnda at det i enkelte tilfelle hadde pasientene «fått B-preparater i ulike kombinasjoner uten at nemnda kan se at det er *faglig grunnlag* for dette».

I sak nr. 04/35 sier ikke Nemnda noe konkret om innholdet i momentet «medisinsk indikasjon». Nemnda tilsluttet seg Statens helsetilsynets oppfatning om at «[helsepersonellet] i meget liten grad undersøker sine pasienter klinisk, og at han ser ut til å stille diagnoser ved hjelp av laboratorieprøver og symptomer». Med dette ser det ut som om momentet «medisinsk indikasjon» er det samlede resultatet av de forutgående undersøkelser, utredninger og diagnostiseringer. Nemnda har imidlertid ikke gitt lignende uttalelser i de øvrige sakene, slik at det er vanskelig å si noe om det er denne oppfatningen Nemnda opererer med.

Nemnda legger videre betydelig vekt på at det gjøres *fortløpende vurderinger* av behandlingen som gis og at det utarbeides kontrollrutiner for rekvireringen. Slike evalueringer er en forutsetning for videre. I sin vurdering legger Nemnda særlig vekt på om helsepersonellet har vurdert effekten av behandlingen som gis og pasientens behov tilsier ytterligere legemiddelbehandling. Nemnda gjorde følgende presisering i sak nr. 04/35:

«Det fremstår klart for nemnda at ... [helsepersonellet] ikke har hatt tilstrekkelig *kontrollrutiner* i sin behandling av disse pasientene. Urinprøvetakingen har vært vilkårlig. I de tilfellene det er påvist side-misbruk av andre medikamenter parallelt med rekvireringen har dette bare i begrenset utstrekning fått betydning for *den videre foreskrivning*.»

Nemnda har lagt til grunn at det foreslå mangelfulle evalueringer av effekten av den medikamentelle behandlingen og kontroll i sak nr. 03/103, sak nr. 07/9, sak nr. 07/129, sak nr. 09/150, sak nr. 11/209 og sak nr. 11/213. I sak nr. 09/150 hadde legen rekvirert vanedannende legemidler til seks pasienter på en uforsvarlig måte. Nemnda la i sin vurdering vekt på at de «[e]nkelte rekvireringer kan i seg selv være forsvarlige, men samlet gjør fravær av nedtrapingsplan, manglende vurdering av effekt og behandlingsalternativer at en slik høy rekvirering av vanedannende legemidler til pasienter over lang tid er uforsvarlig».

Sak nr. 03/99 illustrerer at selv en *enkelstående rekvirering* kan være uforsvarlig, uavhengig av de øvrige omstendighetene. Saken handler om hvordan feilvurdering i er gitt tilfelle kan

innebære stor skadepotensiale. Legen hadde ved reseptutskrivelsen gjort et avvik som var 10 ganger høyere enn den forsvarlige morfindoseringen. Nemnda la vekt på at «... [legen] burde, etter nemndas vurdering, ha oppdaget feilskriften på resepten ved gjennomlesing. ... [Legen] var ansvarlig for utferdigelsen av resepten, og var dessuten kjent med at det ikke var andre kontrollrutiner som kunne fange opp eventuelle feil».

Det er en sak som handler om rekvirering til eget bruk, se sak nr. 06/28. Her hadde legen på grunn av en trafikkulykke fortsatt å rekvirere relativt store doser med legemidlet Temgesic til seg selv i lang tid etter ulykken. Nemnda la vekt på at det «[v]ed lidelser av et slik omfang ... [helsepersonellet] hevder å ha hatt, skal en lege uansett ikke diagnostisere eller medisinere seg selv, men ta kontakt med annen lege for *oppfølging* og *vurdering*». Saken reflekterer viktigheten av oppfølging av behandlinger som innebærer bruk av vanedannende legemidler.

De nevnte sakene illustrerer at Nemnda legger stor vekt på riktig oppfølging av pasienter for å unngå utvikling legemiddelavhengighet. Nemnda har sett alvorlig på tilfeller der helsepersonellet ikke har utarbeidet eller forsøkt å gjennomføre nedtrappingsplan for pasientene. Dette gjelder samtlige rekvireringssaker der Nemnda har stadfestet Statens helsetilsynets vedtak.

4.4.3 Samarbeid med andre i behandlingsapparatet

Helsepersonell skal være bevisst på sine egne kvalifikasjoner og innhente bistand eller henvise pasienten videre der det er nødvendig og mulig.¹⁰⁰ Selv om leger og tannleger har rekvireringsrett, kan det i enkelte situasjoner være viktig at de samarbeider med annet kvalifisert helsepersonell i behandlingsapparatet før de iverksetter en medikamentbehandling. Dette gjelder spesielt der pasientene allerede er rusmiddelavhengige eller har utviklet legemiddelmisbruk over tid. Nemnda har i flere vedtak vurdert om rekvireringen har vært uforsvarlig på grunn av manglene samarbeid med andre i behandlingsapparatet.

I hvilken grad pasientene burde vært utredet i samarbeid med annet kvalifisert helsepersonell beror på en *konkret vurdering*. Der den behandlende legen ikke er pasientens fastlege, legger Nemnda særlig vekt på at det dannes et samarbeidsforhold mellom legene. Dette gjelder spe-

¹⁰⁰ Se punkt 3.2.1 foran.

sielt der pasienten har et *sammensatt sykdomsbilde* og har også andre medisinske lidelser. I sak nr. 06/40 hadde legen hatt flere pasienter til behandling som han ikke var fastlege til. Langvarige rekvireringer til disse pasientene var derfor kritikkverdige, da det ikke hadde skjedd i samarbeid med pasientenes fastlege. I forhold til behandlingen av den ene pasienten presiserte Nemnda følgende:

«Etter nemndas vurdering var det uforsvarlig å behandle denne pasienten kun med foreskrivning av valedannende legemidler over lang tid. Pasienten burde vært henvist til sin fastlege i det en pasient med psykiske lidelse og løsemiddelskade trenger tettere oppfølging.»

Også de øvrige pasientene i denne saken led av komplekse helseproblemer. For at pasientene skulle få forsvarlig helsehjelp, var det etter Nemnda en viktig forutsetning at behandlingen skjedde i samarbeid med pasientenes fastleger. Lignende begrunnelser er fulgt opp i sak nr. 07/112, sak nr. 07/116 og sak nr. 08/16. I samtlige saker led pasientene av kroniske lidelser eller rusmiddelavhengighet, uten at de behandlede legene hadde samarbeidet med pasientenes fastleger. Nemndas praksis i forhold til disse sakene indikerer linjer som er veiledende i kartleggingen av hva som anses som forsvarlig helsehjelp.

Nemnda har videre påpekt at det i enkelte tilfeller må dannes et samarbeid med spesialisthelsetjenesten for at legemiddelbehandlingen skal være forsvarlig. I sak nr. 04/35, som er behandlet i punkt 4.4.2 over, presiserte Nemnda at det var «kritikkverdig at ... [legen] har behandlet pasientene uten at det har vært en del av et tilfredsstillende helhetlig og tverrfaglig samarbeid med andre i behandlingsapparatet». Legen hadde gitt høye doser med medikamenter til pasienter som var henvist til psykolog, noe som vanskeliggjorde behandlingen av pasientene.

Nemnda la samme presisering til grunn i sak nr. 07/116, der pasienten ble foreskrevet legemiddelet Stilnoct og andre sovemedisiner til tross for råd fra spesialisthelsetjenesten. Utover disse to sakene er det få saker som vektlegger at helsepersonellet samarbeider med spesialisthelsetjenesten. Det ser likevel ut som til at samarbeidet beror på en konkret vurdering, der Nemnda legger vekt på behovet til pasientene. Selv om det ikke er lett å trekke linjer i Nemndas praksis på dette punktet, må reelle hensyn tale for et slikt tverrfaglig samarbeid må tillegges vekt.

4.4.4 Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen

Nemnda har ofte begrunnet stadfestelse av Statens helsetilsynets vedtak med de *virkningene* uforsvarlige rekvireringene kan ha for pasientene. Uforsvarlige rekvireringer fører til fare for legemiddelavhengighet og er egnet til å opprettholde rusmiddelmisbruk. Nemnda har derfor i de fleste rekvireringssakene konkludert med at ukontrollert legemiddelbehandling holder en stor skadepotensiale som kan føre til belastning for pasientene.¹⁰¹ Hensynene til pasientsikkerheten, sikkerheten og kvaliteten i helsetjenesten er tillagt vekt i nærmest alle rekvireringssakene. De samme hensynene tillegges betydning imidlertid i de fleste sakene som er gjennomgått i forbindelse med denne oppgaven. Det kan være et utslag av at Nemnda har en tendens til å gjøre bruk av standardformuleringer, slik at det tyder en form for fast nemndspraksis.

Rekvireringssakene skiller seg noe fra de øvrige vedtakene, ved at det her i de fleste sakene gis *detaljerte begrunnelser* for de avgjørelsene som tas. Nemnda viser en form for nøyaktighet som ikke er vist i mange av de andre sakstypene. Det er eksempelvis i noen av journalføringssakene ikke gitt konkrete begrunnelser for hvorfor det foreligger brudd på dokumentasjonsplikten. I rekvireringssakene går Nemnda inn på enhver pasient som kan ha fått uforsvarlig behandling og vurdert helsepersonellens rekvireringspraksis. Dette fører til at det for helsepersonellet i etterkant er enklere å gjøre forbedringer i sin virksomhet.

Forsvarlighetsterskelen i rekvireringssakene avhenger av en helhetlig vurdering av pasientenes helsetilstand. I begynnelsen av legemiddelbehandlingene stilles det relativt høye krav til at det må foreligge medisinske holdepunkter for behandlingen, se punkt 4.4.2 foran. Nemnda synes å legge vekt på de undersøkelsene og kontrolltiltakene som må til underveis i behandlingen for å unngå vanedannelse av legemidlene. Terskelen til forsvarlighetskravet synes generelt å ligge veldig lav der helsepersonellet i det hele tatt rekvirerer vanedannende legemidler som kan være avhengighetsskapende.

Videre er terskelen til å samarbeide med annet kvalifisert helsepersonell å ligge lavt, der pasientenes komplekse sykdomsbilde tilsier nærmere oppfølging. Dette gjelder spesielt der den behandlingsgivende legen ikke er pasientens fastlege. I enkelte tilfeller ser det også ut til at

¹⁰¹ Se eksempelvis sak nr. 06/84.

Nemnda krever samarbeid med spesialisthelsetjenesten for å kartlegge pasientenes helsetilstand og behov, og at det utgjør en forutsetning for forsvarlig behandling.

4.5 Privatiserende atferd i behandlingssammenheng

4.5.1 Generelt

Forbudet mot privatiserende atferd i behandlingssammenheng er ikke uttrykkelig regulert i loven, men har sin forankring i det som må anses som *forsvarlig yrkesutøvelse* og *reelle hensyn*. De sentrale hensynene er hensynet til pasientsikkerheten og ønsket om å bevare tillit til helsetjenesten. Loven gir ikke definisjon på det som er «privatiserende atferd». Innholdet i begrepet må bero på allmenne oppfatninger. Retningslinjer og instruksjoner fra arbeidsgiver kan være veiledende i forståelsen av hvordan helsepersonellet skal opptre ovenfor pasientene. Som i journalføringssakene, se punkt 4.2.3, vil brudd på retningslinjer og instruksjoner være en presumpsjon for brudd på forsvarlighetskravet.¹⁰²

Hlspl. § 9 hjemler et forbud mot å motta gaver, provisjon, tjeneste eller annen ytelse som er egnet til å påvirke helsepersonellets handlinger på en utilbørlig måte. Begrunnelsen er gitt med ønsket om å bevare tilliten til at helsetjenester bygger på faglige forutsetninger og pasientenes interesser.¹⁰³ Dessuten kan ytelser fra pasienter være egnet til å skape private relasjoner mellom helsepersonell og pasientene, noe som er uheldig i behandlingssammenheng. Bestemmelsen kan derfor være veiledende i forståelsen av hvordan helsepersonell skal opptre ovenfor pasientene.

Det er totalt 15 saker (av de 143 vedtakene) som handler om helsepersonell som har vist manglende faglig innsikt ved å sammenblande profesjonelle og personelle roller. I samtlige saker har Nemnda på bakgrunn av sine vurderinger kommet til at States helsetilsynets vedtak må stadfestes. Analysen avdekker ulike variasjoner av handlinger som har karakter av privatiserende atferd. Nedenfor vil det først gjøres en analyse av saker som belyser situasjoner som handler om etablering av private relasjoner til sine pasienter, se punkt 4.5.2. Deretter vil det gjøres en konkret analyse av helsepersonellets selvstendige ansvar i punkt 4.5.3.

¹⁰² Se punkt 3.2.2 foran.

¹⁰³ Befring og Ohnstad (2010) s. 99.

4.5.2 Private relasjoner

I dette punktet skal det ses på ulike former for private relasjoner som etableres mellom pasientene og helsepersonell, og hvilke momenter Nemnda legger vekt på. Det karakteristiske for disse sakene er at de private relasjonene har bygget seg opp under eller kort tid etter at behandlingen var avsluttet. Det fremgår blant annet av helsepersonellovens forarbeider at helsepersonell som innleder privat intimt forhold til pasienter ikke er i samsvar med forsvarlig virksomhet.¹⁰⁴

Analysen har avdekket ulike former for private relasjoner. I sak nr. 07/9 hadde en lege lånt ut betydelig pengebeløp til sine pasienter. Nemnda så på forholdet som egnet til å skape «uheldig *avhengighetsforhold* til legen for pasientene». Samme begrunnelse er fulgt opp i sak nr. 10/65, slik at praksisen viser en form for ramme for hvilke handlinger som strider mot forsvarlig yrkesutøvelse. Her hadde hjelpepleieren mottatt flere gaver fra pasienten i strid med hlspl. § 9.

Nemnda har gitt uttrykk for at det må gjøres en *helhetsvurdering* for å ta stilling til disse sakene. I sak nr. 10/198 hadde en fysioterapeut innledet en privat relasjon til en pasient kort tid etter at behandlingen var avsluttet. Nemnda uttalte at det i spørsmålet om «[h]vorvidt det har oppstått en slik tilknytning og et slikt *avhengighetsforhold* mellom ... [fysioterapeuten] og pasienten som gjør at det er grunnlag for å tilbakekalle autorisasjonen vil bero på en *helhetsvurdering*».

Det er flere momenter som inngår i Nemndas praksis. I sak nr. 09/150 hadde helsepersonellet innledet seksuelle forhold til to av sine pasienter og vist uklar rolle ovenfor en tredje pasient. Nemnda la til grunn følgende vurdering:

«Ved å inngå seksuelle forhold med pasienter, har ... [helsepersonellet] *misbrukt* den makt han hadde i kraft av sin stilling. ... [Helsepersonellet] har gjennom sin handlemåte vist en *manglende respekt* for pasienters integritet og menneskeverd og *liten kunnskap* om sin rolle som behandler og sitt ansvar som

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 21.1.1.7.

lege. Slik atferd viser *manglende evne til å sette grenser, manglende impuls kontroll og misbruk av den tillit pasientene har vist ham.»*

Lignende momenter er tillagt vekt i de øvrige sakene om privatiserende atferd, slik at det danner linjer i Nemndas praksis.¹⁰⁵ I sak nr. 07/9 som er nevnt ovenfor, ble det eksempelvis lagt vekt på at legen hadde vist «manglende forståelse for grensesetting». Formuleringen i sak nr. 07/9 er noe annerledes fra sak nr. 09/150, selv om det er det samme momentet som er tillagt vekt i begge sakene.

Avgjørelsene viser likevel at Nemnda gjerne bruker ulike nyanser av samme momenter. Det må ha sin forklaring i at enhver sak er annerledes, og at ulike momenter må tillegges betydning for å karakterisere grovheten og omfanget av helsepersonellets handlinger. Sak nr. 08/153 illustrerer Nemndas tendens til å «tilpasse» momenter alt etter saksforholdet. Her hadde legen forsøkt å innlede et privat forhold til pasienten ved å invitere henne med opp i leiligheten sin. Nemnda vekt på at «en sammenblanding/uklar grenseoppgang mellom profesjonelle og private relasjoner vil kunne være *direkte skadelig*, særlig ovenfor pasienter med *psykiske plager* [...]». En nærmest likelydende begrunnelse er gitt i sak nr. 12/8. Saken handler om en sykepleier som hadde sendt meldinger til en psykisk syk pasient med svært personlig innhold.

4.5.3 Helsepersonellets selvstendige ansvar

Nemnda ser ut til å legge lite vekt på om forholdet springer fra et gjensidig samtykke mellom pasienten og helsepersonellet. Nemnda har begrunnet dette med yrkesetiske forutsetninger, der helsepersonellet har et selvstendig ansvar for å unngå sammenblanding av rollene. Helsepersonellets selvstendige ansvar kan ses på som et utslag av helsepersonellets individansvar.¹⁰⁶ I sak nr. 09/150 har Nemnda uttalt at

«[s]elv om forhold kan oppleves som likeverdig for begge parter, er det legens plikt å innse at pasienten alltid vil stå i et *avhengighetsforhold* til sin behandler, og at legen dermed innehar en maktposisjon ovenfor pasienten. Å utnytte en slik maktposisjon er et *grovt brudd* på den tillit den enkelte pasient som

¹⁰⁵ Se til illustrasjon sak nr. 09/32, sak nr. 10/123, sak nr. 10/198, sak nr. 11/103 og sak nr. 12/33.

¹⁰⁶ Se punkt 1.4 og 3.2.1 foran.

er til hinder for å opprettholde et profesjonelt forhold, påligger det legen å avslutte/pasientforholdet og om nødvendig søke råd og veiledning.»

Lignende presisering er gitt i sak nr. 10/198:

«Hvem som tok initiativ til forholdet og den seksuelle kontakten har mindre betydning for nemndas vurdering. [...] Det er imidlertid fysioterapeutens oppgave å være klar over at dette skjer, og iverksette relevante tiltak for å beskytte pasienten og seg selv når slike situasjoner oppstår. En *forsvarlig behandlingspraksis* forutsetter at ... [helsepersonell] har evne og vilje til ikke å bli styrt, verken av egne eller pasienters, følelser og behov.»

Nemnda fulgt opp kravet helsepersonellets selvstendige ansvar i flere saker.¹⁰⁷ Dette gjelder også der arbeidsgiveren har hatt betydning for de kritikkverdige forholdene. I sak nr. 07/22 uttalte Nemnda «at arbeidsforholdene ved senteret ikke var de beste, og at arbeidsgiveren på sin side også sviktet i situasjonen». Saken handler om en psykolog som hadde involvert seg sterkt i pasientens anliggender og hadde hatt intim forbindelse av seksuell karakter til pasienten. Nemnda la vekt på at psykologen hadde fått mangelfulle råd underveis fra sin arbeidsgiver, men at «[f]orholdene ved arbeidsstedet og den manglende oppfølgingen av ... [psykologen] fritar ikke ... [han] fra ansvar for selv å sørge for forsvarlig behandling, jf. helsepersonelloven § 4».

I en annen sak, sak nr. 09/41, hadde en omsorgsarbeider innledet et seksuelt forhold til brukeren¹⁰⁸. Omsorgsarbeideren hadde gitt han gaver og oppsøkt han på institusjonen han flyttet til. Nemnda la i sin vurdering vekt på at «brukeren var et vanskelig tilfelle som krevde omfattende oppfølging fra kommunens side» og at «brukeren i for stor grad [ble] overlatt til ... [helsepersonell] omsorg, uten at hun fikk tilstrekkelig råd om oppfølging av han». Nemnda kom likevel til at den manglende oppfølgingen av omsorgsarbeideren ikke fritok henne for ansvar for selv å sørge for forsvarlig behandling etter hlspl. § 4.

¹⁰⁷ Se til illustrasjon sak nr. 06/149, sak nr. 09/32, sak nr. 10/81, sak nr. 10/123 og sak nr. 12/8.

¹⁰⁸ Begrepet «bruker» er definert i pasrl. § 1-3 f som en person som anmoder om eller mottar tjenester omfattet av helse- og omsorgstjenesteloven som ikke er helsehjelp etter pasrl. § 1-3 c.

De nevnte sakene illustrerer at Nemnda har en fast praksis i forhold til helsepersonellets selvstendige ansvar om å utøve yrket sitt forsvarlig. Nemnda viser at ansvaret påligger den enkelte helsepersonell uavhengig av pasientenes samtykke til handlingene og det systemansvaret som påligger arbeidsgiveren. Nemnda ser ut til å operere med en lav forsvarlighetsterskel i disse sakene, av hensyn til de uheldige virkningene handlingene kan ha for pasientene.

4.5.4 Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen

Nemnda har her, i likhet med rekvireringssakene, gitt *detaljerte begrunnelser* for sine avgjørelser. Det kommer nok av at saksforholdene i disse sakene til tiders kan være omfattende og vanskelige bevismessig. Dette er positivt, da det er egnet til å gi et bilde av hva som utgjør kritikkverdige handlinger og hva som kreves. Gode begrunnelser er dessuten viktig for at helsepersonell skal kunne forbedre sin virksomhet i fremtiden.

Analysen viser at Nemnda vektlegger mange av de samme momentene i disse sakene, og at de gjerne opererer med nyanser av samme momenter. Hvilke momenter som vektlegges bror på en *helhetsvurdering*. Momentene springer først og fremst ut av hensyn til pasienters integritet og menneskeverd, slik at skadevirkninger på pasientenes side tillegges stor betydning. Pasientene befinner seg allerede i en sårbar situasjon, slik at de på enhver måte må skjermes mot handlinger som er egnet å belaste dem ytterligere. Dette gjelder spesielt der sakene handler om privatiserende holdninger til psykisk syke pasienter.¹⁰⁹

I tillegg til hensynet til pasientsikkerheten, tillit til helsetjenestene og kvaliteten i helsetjenestene, legger Nemnda vekt på om helsepersonellet hadde *handlingsalternativer*.¹¹⁰ Momentet har også fått betydning for undersøkelses- og utredningssakene, se punkt 4.3.4 foran. I forhold til sakene om privatiserende atferd vil momentet ha betydning for grovheten av feilvurderingene og handlingene som ble gjort. Forsvarlighetsterskelen er satt rimelig lavt i disse sakene, på bakgrunn av helsepersonellets *selvstendige ansvar* om å opptre i samsvar med forsvar-

¹⁰⁹ Se punkt 4.5.2 foran og sak nr. 10/81.

¹¹⁰ Momentet er tillagt vekt i sak nr. 08/153, sak nr. 10/81, sak nr. 10/123 og sak nr. 12/33.

lig yrkesutøvelse.¹¹¹ I samtlige saker om privatiserende atferd har Nemnda sett bort fra helsepersonellets anførsler om at det forelå en form for gjensidighet fra pasientene.

4.6 Tyveri, naskeri og underslag

4.6.1 Generelt

Loven gir ikke et uttrykkelig forbud mot handlinger som analyseres i dette punktet. Utgangspunktet er at tilsynsmyndighetene skal vise tilbakeholdenhet i å gripe inn i kritikkverdige handlinger som ikke har med helsepersonellets yrkesutøvelse å gjøre, med mindre det er snakk om svært alvorlige forhold.¹¹² Tyveri og underslag er atferd som er uforenlig med yrkesutøvelsen og danner derfor grunnlaget for reaksjoner fra tilsynsmyndighetene. Begrepene «tyveri», «naskeri» og «underslag» må forstås i lys av strafferettslige bestemmelser.¹¹³

Det er gitt et forbud mot å påføre pasienter, helseinstitusjonen, trygden eller andre unødvendige tidstap eller utgifter, jf. hlspl. § 6. Bestemmelsen må ses i sammenheng med folketrygdlovens regler om å dekke pasientenes nødvendige utgifter til medisinsk behandling ved at det blant annet skjer oppgjør mellom trygden og legen.¹¹⁴ Leger har i kraft av sin autorisasjon tildelt rettigheter i form av at de kan kreve refusjon for de utgiftene som må påløpe for å drive forsvarlig virksomhet. Misbruk av disse rettighetene er ansett som underslag og helsepersonell som utnytter systemet vil kunne ilegges formelle reaksjoner.¹¹⁵

Det karakteristiske for disse sakene er at tyveriene utgjør et selvstendig grunnlag for å ilegge formelle reaksjoner. Dette er en motsetning til journalføringssakene, der den mangelfulle journalføringen som oftest inngår som et moment i den helhetlige vurderingen. Av de 143 vedtakene som er gjennomgått, er det bare 6 saker som berører tyveri, naskeri eller underslag. Sakene er i likhet med jordmørsakene av særlig samfunnsmessig interesse. Selv om det er få saker som danner grunnlaget for denne delen av analysen er det hensiktsmessig å kartlegge

¹¹¹ Se punkt 4.5.3 foran.

¹¹² Ot.prp. nr. 13 (1998–1999) punkt 21.1.3.8.

¹¹³ Se lov om almindelig borgerlig straffelov 22. mai 1902 nr. 10 (strl.) kapittel 24 og § 391 a.

¹¹⁴ Lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19 (ftl.).

¹¹⁵ Se eksempelvis sak nr. 07/129.

kravet til forsvarlighet for dette typetilfellet. I det følgende skal det først ses på utslagsgivende forhold ved handlingene som kan ha betydning for Nemndas vurdering, deretter skal det ses litt på hva som kreves av helsepersonell i kraft av deres stilling.

4.6.2 Forhold ved handlingene

Omfanget av tyveriene er som et utgangspunkt uten betydning for Nemndas konklusjoner. Sakene illustrer en form for streng praksis der det er lite rom for å unngå virkningene av de kritikkverdige handlingene. I overnevnte sak, sak nr. 06/27, hadde hjelpepleieren stjålet 1100 kroner fra pasienten. Det ble presisert følgende:

«Nemnda anser tyveriene som *grove tillitsbrudd*. At totalbeløpet ikke var betydelig, har i denne sammenheng mindre betydning. Det er *sikker praksis* at tyveri fra pasienter begrunner tap av autorisasjon, selv hvor det har dreid seg om tyveri av relativt lav beløp. Det vises til nemndas vedtak av 15. februar 2004, hvor vedkommende helsepersonell hadde stjålet kr 605.»

Det at Nemnda på denne måten viser til sin egen praksis fører til at praksisen må tillegges rettskildemessig vekt.¹¹⁶ Av de sakene som jeg har gjennomgått (143 vedtak) er det ikke flere saker som bygger på denne uttalelsen. Det kan likevel ikke ses bort fra at momentet mest sannsynlig tillegges vekt i øvrige delen av Nemndas praksis. Det minnes om vedtakene som er analysert i forbindelse med denne oppgaven knytter seg spesielt til forsvarlighetskravet i hlspl. § 4.

Gjentatte tyverier innebærer sikker brudd på tilliten til helsepersonell, og er derfor en omstendighet med skjerpene virkning. I sak nr. 06/100 hadde omsorgsarbeideren ved gjentatte tyverier stjålet et betydelig pengebeløp fra en pasient hun hadde omsorg for. Nemnda så på «de gjentatte tyveriene som grove tillitsbrudd», og selv om omsorgsarbeideren «var i en vanskelig økonomisk situasjon, ... [endret det] ikke ... karakterisistikken av tyveriene som grove tillitsbrudd».

Helsepersonellens personlige forhold kan ikke få ansvarsbefriende betydning for de kritikkverdige handlingene. I likhet med sak nr. 06/100 la Nemnda samme presisering til grunn i sak

¹¹⁶ Se punkt 1.5.3 foran.

nr. 70/40 om at vernepleierens vanskelige økonomiske situasjonen ikke kunne endre oppfatningen av underslagene som grove tillitsbrudd.

4.6.3 Helsepersonellets stilling

De kritikkverdige handlingene er i de fleste sakene utført av helsepersonell som har særlig ansvar for pasientenes økonomiske anliggender. Nemnda har i samtlige saker lagt vekt på *pasientenes tillit* til helsepersonell i kraft av deres stilling. I sak nr. 06/27 har Nemnda uttalt at

«[a]rbeid som *hjelpepleier* er et yrke som i særlig grad krever allmenn tillit. Tyverier av penger fra en bruker i hjemmetjenesten, som ... [hjelpepleieren] i kraft av sin stilling hadde et særlig ansvar for å ta vare på, er en *grov utnyttelse* av pasientenes svake situasjon og er et meget alvorlig tillitsbrudd.»

Nemnda har lagt til grunn samme synspunkt også for andre stillinger som er avhengig av pasientenes tillit. Ofte bruker Nemnda en standardformulering, se eksempelvis sak nr. 06/100 om omsorgsarbeider, sak nr. 07/40 om vernepleier og sak nr. 11/3 om hjelpepleier. Formuleringene i avgjørelsene er nærmest likelydende, men med små forskjeller på grunn av de ulike stillingene helsepersonellet innehar.

Kritikkverdige handlinger mot sine kollegaer, er også ansett til å svekke tilliten til helsepersonellet. Sak nr. 04/147 handler om overprøving av Statens helsetilsynets vedtak om avslag på søknad om turnuslisens. Her hadde en helsepersonell ved flere anledninger handlet på internett, ved å oppgi VISA-kortnummer tatt fra VISA-kort tilhørende seks av sine arbeidskollegaer. Nemnda la til grunn at

«[a]rbeidet som *lege* er et av de yrker som i særlig grad krever *allmenn tillit*. Bedrageri av arbeidskollegaer ved X sykehus, er et *grovt brudd* på respekten for samfunnets normer og derfor et meget alvorlig tillitsbrudd. Etter nemndas vurdering representerer handlinger et avvik i forventet atferd av en lege, og nemnda finner at vilkårene for å nekte ... [legen] turnuslisens som lege er oppfylt.»

Uttalelsen forteller noe om alvorligheten i disse handlingene.

4.6.4 Deloppsummering. Forsvarlighetsterskelen

Det er som nevnt få saker som berører dette typetilfellet, slik at det må vises varsomhet med å trekke konklusjoner på dette området. Analysen avdekker imidlertid noen linjer som kan beskrive Nemndas praksis eller i det minste gi en indikasjon på hvordan problemstillingene vedrørende tyveri, naskeri og underslag løses.

Nemnda har i mange av sine saker brukt standardformuleringer. Dette kan i seg selv være et tegn på fast praksis, slik at de hensynene som Nemnda ramser opp og legger til grunn for sine videre konkrete vurderinger må tillegges vekt. Sak nr. 06/27 er spesiell, med tanke på at Nemnda viser til sin egen praksis.¹¹⁷

Når det kommer til forsvarlighetsterskelen viser de foreliggende sakene at Nemnda operer strengt. Med dette vises det til at i 5 av de 6 sakene som danner grunnlaget for denne delen av analysen, har Nemnda stadfestet Statens helsetilsynets vedtak. I de konkrete vurderingene legges det ikke vekt på omfanget av de kritikkverdige handlingene. Det avgjørende for Nemnda er de *virkningene* slike handlinger har. Handlingene er egnet til å svekke tilliten til helsetjenestene, uavhengig av hvor mange ganger man har utnyttet sin stilling som helsearbeider.

¹¹⁷ Se punkt 4.6.2 foran.

5 OPPSUMMERING OG REFLEKSJONER

Oppgavens problemstilling har vært å kartlegge momentene og den forsvarlighetsterskelen for helsepersonellets yrkesutøvelse. I forbindelse med denne oppgaven har det blitt gjort inngående analyser av Nemndas praksis relatert til utvalgte typetilfeller. Analysene har gitt grunnlag for å kartlegge eventuelle argumentasjonsmønstre, som igjen kan bidra til mer generaliserte presiseringer av forsvarlighetskravet i hlspl. § 4. Disse representerer situasjoner som er karakteristiske for helsepersonellets yrkesutøvelse og som har særlig aktualitet. Analysene har derfor hatt et induktivt preg.

De hensynene som har utslagsgivende betydning for Nemndas avgjørelser er hensynet til pasientsikkerheten og sikkerheten i helsetjenesten. Hensynene er tillagt vekt i flesteparten av vedtakene, og danner rammer for hvilke handlinger og unnlatelser som anses som forsvarlige. Andre styrende elementer i Nemndas praksis er ønsket om ikke å belaste pasientene (og pårørende), kvaliteten og tilliten til helsetjenestene og offentlige hensyn. Disse vektlegges alt etter hvilken tvist saken reiser og hvilke virkninger helsepersonellets yrkesutøvelse har for pasientene. I saker om privatiserende atferd tillegges det særlig vekt på hensynet til pasienters integritet og menneskeverd.

Nemnda har i sine vurderinger gjort konkrete og helhetlige vurderinger av helsepersonellets handlinger/unnlatelser. Sentralt i Nemndas praksis er at handlingene ikke utgjør et stort avvik fra normene om forsvarlig yrkesutøvelse. Det at helsepersonell handler helhetlig og adekvat i de gitte situasjonene har positiv verdi, selv om utfallet ikke alltid er til gunst for pasientene. Alvorligheten i situasjonen tilsier ekstra årvåkenhet fra helsepersonell. Her må helsepersonell vise lav terskel for å tilrettelegge for at adekvat helsehjelp blir gitt innen rimelig tid. Analysen av jordmorsakene har vært spesielt belysende på dette punkt.

De gangene det har vært enkeltstående tilfeller av overtredelser, gjør Nemnda en grovhetsvurdering for å se om handlingen danner grunnlaget for å ilegge formelle reaksjoner. Skadens omfang og alvorlighetsgrad er veiledende i hvor grov handlingen eller unnlatelsen er. Dette er analysert i forhold til rekvireringssakene. Vurderingene til Nemnda på dette området er av relevans for forståelsen av forsvarlighetsterskelen generelt, selv om omstendighetene i enhver situasjon er annerledes.

Analysen av de ulike typesituasjonene indikerer at terskelen til forsvarlighet er et *skjønnspreget grense*, der flere forhold kan få betydning for den konkrete situasjonen. På denne måten er det vanskelig å si noe generelt om grensen mot det uforsvarlige, da skalaen for hva som anses som forsvarlig er individuell for enhver situasjon. De kartlagte momentene og vurderingene kan likevel ha en overføringsverdi til andre deler av helsepersonellens yrkesutøvelse. Grunnen er at Nemnda gjerne vektlegger de samme momentene for ulike typesituasjonene.

De nemndsbehandlende sakene er en viktig kilde for å belyse et rettsområde hvor få saker handles for domstolene (lav domstolsfrekvens). Mye tyder på at Nemnda har en fast og konsist praksis. Praksisen er derfor egnet til å skape en bedre forståelse for hva som kan kreves av helsepersonell. På den annen side kan omfattende bruk standardformuleringer og korte redegjørelser gjøre det vanskelig for utenforstående å sette seg inn i Nemndas vurderinger. Upresise vurderinger vanskeliggjør helsepersonellens muligheter til å gjøre fremtidige forbedringer i yrkesutøvelsen. På grunn av at terskelen til forsvarlighetskravet er skjønnspreget og upresis i sin form, vil et viktig tiltak for å synliggjøre grensen mot uforsvarlige handlinger (og unnlatelser) være betinget av at Nemnda gir mer konkrete og detaljerte redegjørelser for sine beslutninger.

6 VEDLEGG

Vedtaksanalysekjema		
Typetilfeller og undergrupper av typetilfeller		Antall saker som behandler typetilfellet*
Forhold ved klageren	Språkferdigheter/kommunikasjonsevne	7
	Evne til å innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner/begrensninger eller begrensninger pga. andre forhold	7
	Vanskeligheter med å tilegne seg nye kunnskaper og ferdigheter	1
	Samarbeidsevne	10
	Etiske refleksjoner	8
Klagerens sykdomsbilde/avhengighetsforhold	Rusmisbruk	8
	Psykisk lidelse/personlighetsavvik	4/1
	Diabetes og fysisk svekkelse	1
	Spillavhengighet	1
Mangel på faglig innsikt/kompetanse og/eller uforsvarlig virksomhet	Privatiserende atferd i behandlingssammenheng	15
	Atferd som er uforenlig med yrkesutøvelsen (herunder brudd på omsorgsfull hjelp)	23
	Faglige feil (medikamenthåndtering, operative/kirurgiske ferdigheter mv.)	15
	Feilvurderinger	30
	Hygienetiltak	2
	(Manglende) delegasjon	3
	Sammenblanding av ordinær og alternativ praksis	2
	Manglende kontroll over den administrative delen av virksomheten	2
Pliktbrudd	Bruk av medhjelpere, hlspl. § 5	3
	Ressursbruk, hlspl. § 6	7

	Øyeblikkelig helsehjelp, hlspl. § 7	22
	Pliktmessig avhold, hlspl. § 8	5
	Forbud mot gaver mv. i tjenesten, hlspl. § 9	1
	Informasjon til pasienter mv., hlspl. § 10	13
	Rekvirering av reseptbelagte legemidler, hlspl. § 11	21
	Markedsføring, hlspl. § 13	1
	Krav til attester, erklæringer ol., hlspl. § 15	2
	Taushetsplikt og opplysningsrett, hlspl. kapittel 5	7
	Opplysningsplikt, hlspl. kapittel 6	4
	Meldeplikt (herunder fødsler, dødsfall), hlspl. kapittel 7	1
	Dokumentasjonsplikt (herunder journalføring), hlspl. kapittel 8	44
	Krav til samtykke/innhenting av samtykke	2
	Smittevernloven § 2-2	1
Kritikkverdige handlinger begått i yrkesutøvelsen	Seksuelle overgrep	1
	Tyveri, naskeri og underslag	6
Kritikkverdige handlinger begått utenfor yrkesutøvelsen	Seksuelle overgrep mot barn	1
	Trygdebedrageri	1
Forhold knyttet til behandlingen	Utredning (herunder undersøkelser)	49
	Diagnostisering	21
	Oppfølging	29
	Observasjon	4
	Kartlegging (behandlingsplan)	13
	Forebyggende behandling	2
	Feilbehandling/feilmedisinering	11
	Krenkende behandling	4
	Bruk av ulovlige tvangsmetoder	1
	Kombinasjonsbehandling	2
	Fjernbehandling	2

	Pasientstyrt behandling	5
Tildeling av autorisasjon, lisens eller spesialistgodkjenning		5
* Mange av sakene fra Nemnda utgjør kombinerte tilfeller, slik at samme saker kan opptre under flere typetilfeller.		

7 REFERANSELISTE

Litteratur

Befring, Anne Kjersti og Bente Ohnstad. *Helsepersonelloven: med kommentarer*. 3. utg. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2010.

Befring, Anne Kjersti C. *Jus i helse- og sosialtjenesten*. Danmark: N. W. Damm & Søn, 2007.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen (red.). *Rettskildelære*. 5. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2001.

Kjønstad, Asbjørn og Aslak Syse. *Velferdsrett I: grunnleggende rettigheter, rettsikkerhet og tvang*. 5. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2012.

Kjønstad, Asbjørn. *Helserett*. 2. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2007.

Molven, Olav. *Helse og jus*. 6. utg. Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2009.

Mår, Nina og Barbro Andenæs (red.). *Klagenemnder: rettsikkerhet og effektivitet*. Bergen: Fagbokforlaget Vigmostad & Bjørke, 2008.

Warberg, Lasse A. *Norsk helserett*. 2. utg. Oslo: Universitetsforlaget, 2011.

Lover

1902 Lov om almindelig borgerlig straffelov 22. mai 1902 nr. 10.

1969 Lov om skadeerstatning 13. juni 1969 nr. 26.

1997 Lov om folketrygd 28. februar 1997 nr. 19.

1980 Lov om leger 13. juni 1980 nr. 42.

Lov om tannleger 13. juni 1980 nr. 43.

1992 Lov om legemidler 04. desember 1992 nr. 132.

1999 Lov om spesialisthelsetjenesten mm. 2. juli 1999 nr. 61.

Lov om etablering og gjennomføring av psykisk helsevern 2. juli 1999 nr. 62.

Lov om pasient- og brukerrettigheter 2. juli 1999 nr. 63.

	Lov om helsepersonell 2. juli 1999 nr. 64.
2003	Lov om alternativ behandling 27. juni 2003 nr. 63.
2011	Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester 24. juli 2011 nr. 30.

Forskrifter

1998	Forskrift 27. april 1998 nr. 455 om rekvirering og utlevering av legemidler fra apotek.
2000	Forskrift 21. desember 2000 nr. 1386 om krav om tillatelse til bruk av lystgassanalgesi ved tannlegebehandling. Forskrift 21. desember 2000 nr. 1385 om pasientjournal. Forskrift 21. desember 2000 nr. 1387 om tillatelse til å utføre kosmetisk kirurgisk inngrep.
2008	Forskrift 3. april 2008 nr. 320 om legemiddelhåndtering for virksomheter og helsepersonell som yter helsehjelp.
2010	Forskrift 12. november 2010 nr. 1426 om eldreomsorg (verdighetsgarantien).

Forarbeider

NOU 1993: 33	Helsepersonellens rettigheter og plikter.
Ot.prp. nr. 10 (1998–1999)	Om lov om spesialisthelsetjenesten mm.
Ot.prp. nr. 13 (1998–1999)	Om lov om helsepersonell mv.
Prop. 91 L (2010–2011)	Om lov om kommunale helse- og omsorgstjenester mm.

Domsregister

Rt. 1995 s. 1350	<i>Profesjonsutøvelses-dommen</i>
Rt. 2004 s. 1343	<i>Dobbeltforfølgnings-dommen</i>
Rt. 2005 s. 1757	<i>Angiografi-dommen</i>
Rt. 2006 s. 1217	<i>Skygge-kjennelsen</i>

Avgjørelser fra Statens helsepersonellnemnd

Avgjørelser fra 2001: Sak nr. 01/129
Sak nr. 01/66

Avgjørelser fra 2003: Sak nr. 03/72

Sak nr. 03/97
Sak nr. 03/99
Sak nr. 03/103
Sak nr. 03/129
Sak nr. 03/131

Avgjørelser fra 2004: Sak nr. 04/14
Sak nr. 04/28
Sak nr. 04/35
Sak nr. 04/147

Avgjørelser fra 2005: Sak nr. 05/23
Sak nr. 05/52
Sak nr. 05/104

Avgjørelser fra 2006: Sak nr. 06/27
Sak nr. 06/28
Sak nr. 06/40
Sak nr. 06/55
Sak nr. 06/58
Sak nr. 06/59
Sak nr. 06/62
Sak nr. 06/84
Sak nr. 06/100
Sak nr. 06/108
Sak nr. 06/141
Sak nr. 06/149
Sak nr. 06/165
Sak nr. 06/173
Sak nr. 06/179
Sak nr. 06/200

Avgjørelser fra 2007: Sak nr. 07/9

Sak nr. 07/22
Sak nr. 07/37
Sak nr. 07/40
Sak nr. 07/81
Sak nr. 07/112
Sak nr. 07/116
Sak nr. 07/129

Avgjørelser fra 2008: Sak nr. 08/16
Sak nr. 08/142
Sak nr. 08/153
Sak nr. 08/157
Sak nr. 08/161

Avgjørelser fra 2009: Sak nr. 09/32
Sak nr. 09/41
Sak nr. 09/150
Sak nr. 09/157

Avgjørelser fra 2010: Sak nr. 10/10
Sak nr. 10/26
Sak nr. 10/44
Sak nr. 10/55
Sak nr. 10/58
Sak nr. 10/65
Sak nr. 10/81
Sak nr. 10/123
Sak nr. 10/168
Sak nr. 10/198
Sak nr. 10/205
Sak nr. 10/169

Avgjørelser fra 2011: Sak nr. 11/3

Sak nr. 11/31
Sak nr. 11/75
Sak nr. 11/102
Sak nr. 11/103
Sak nr. 11/129
Sak nr. 11/131
Sak nr. 11/173
Sak nr. 11/183
Sak nr. 11/209
Sak nr. 11/213

Avgjørelser fra 2012: Sak nr. 12/8
Sak nr. 12/33

Elektroniske kilder

Nyhetsartikkel, Bergensavisen,
<http://www.ba.no/nyheter/article7163853.ece> (sitert 22. april 2014)

Nyhetsartikkel, Bergens Tidende,
http://www.bt.no/nyheter/lokalt/Forsto-ikke-norsk_-ga-feil-medisin-2817639.html#.U1V9TV6I2nZ (sitert 22. april 2014)

Nyhetsartikkel, NRK,
<http://www.nrk.no/nordland/1.11642203> (sitert 3. april 2014)

Saksbehandling, Statens helsepersonellnemnd,
<http://www.shpn.no/Saksbehandling.aspx> (sitert 5. april 2014)

Veileder om rekvirering og forsvarlighet av vanedannende legemidler,
<http://www.helsedirektoratet.no/sites/vanedannende-legemidler/Sider/default.aspx>
(sitert 4. april 2014)

Muntlige kilder

Samtale med Knut Davidsen i Lovdata (11. mars 2014)